

U.F.R DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

***ECOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCE POLITIQUE***

Année : 2011

N° attribué par la bibliothèque :

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

THESE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITE MONTPELLIER I

Discipline : Droit privé, section 01

présentée et soutenue publiquement par :

Sophie GUIGUE

le : 6 décembre 2011

Titre :

L'APPROCHE JURIDIQUE DU TROUBLE MENTAL

Directeur de thèse :

M. François VIALLA

Professeur à l'Université Montpellier 1

Jury :

Mme Francine DEMICHEL

Professeur émérite à l'Université Paris 8

M. Bruno PY

Professeur à l'Université de Poitiers (rapporteur)

Melle Marion GIRER

Maître de conférences à l'Université Lyon 3 (rapporteur)

Mme Lucile LAMBERT-GARREL

Maître de conférences à l'Université Montpellier 1

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Que toutes les personnes qui ont contribué, de près ou de loin, à la réalisation et l'achèvement de ce travail veuillent bien trouver en ces quelques lignes l'expression de ma profonde et sincère gratitude. Chacune d'elles à sa manière m'aura permis de ne jamais m'éloigner de l'objectif que je m'étais fixé de mener à terme ce projet personnel.

Je remercie tout particulièrement Monsieur le Professeur François VIALLA pour sa confiance et pour avoir accepté de diriger cette thèse. Je le remercie aussi pour m'avoir toujours laissée une grande liberté de pensée et d'action, ainsi que pour m'avoir associée à plusieurs projets.

Je remercie profondément Monsieur Denis BERTHIAU, Madame Patricia HENNION-JACQUET, Monsieur Olivier SAUTEL et Madame Christine YUEGO, qui m'ont confié de nombreux enseignements et n'ont eu de cesse de me rappeler que « *le plus important, c'est la thèse* »

Je remercie sincèrement Mme Lucile LAMBERT-GARREL pour m'avoir offert mes premiers travaux dirigés et ainsi développé mon profond intérêt pour l'enseignement. Je la remercie également pour m'avoir associée dans divers projets et surtout pour ses précieux conseils et sa bienveillante sollicitude.

Je remercie mon fiancé pour sa compréhension et sa patience, pour avoir partagé ma vie pendant toute la réalisation de ce travail.

Je remercie également mes parents pour leur soutien sans faille et pour leurs encouragements.

Je remercie aussi mes sœurs et mes amis pour leur soutien, leur aide et leurs nombreux encouragements et conseils.

J'ai également été touchée par le soutien de certains de mes étudiants.

Enfin, je remercie l'Université de Montpellier 1 dans laquelle j'ai eu le plaisir de commencer et d'achever mes études universitaires.

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	2
INTRODUCTION	7
PARTIE 1 : LA PROTECTION DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	39
TITRE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL	42
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DU MAJEUR PROTEGE	45
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DU CORPS DU MAJEUR FAISANT L’OBJET DE SOINS PSYCHIATRIQUES	85
TITRE 2 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	136
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE DU MAJEUR PROTEGE.....	138
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE FAISANT L’OBJET DE SOINS PSYCHIATRIQUES ...	180
PARTIE 2 : LA PROTECTION AMBIVALENTE DE LA VOLONTE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	228
TITRE 1 : LE RESPECT DE L’AUTONOMIE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL	230
CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L’APTITUDE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL DANS LES MESURES DE PROTECTION	232
CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DE LA VOLONTE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL	268
TITRE 2 : L’AMBIVALENCE DES CONSEQUENCES DE L’ABSENCE D’IMPUTABILITE MORALE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	316
CHAPITRE 1 : L’ATTENUATION DE LA RESPONSABILITE OU L’IRRESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	318
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE CIVILE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	351
BIBLIOGRAPHIE.....	395
INDEX ALPHABÉTIQUE	439
TABLES DES MATIERES	445

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.	Arrêté
AAH	Allocation aux adultes handicapés
aff.	Affaire
AJDA	Actualité du droit administratif
Al.	Alinéa
AJ Famille	Actualité juridique famille
AJ Pénal	Actualité juridique Pénale
ANAES	Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé
AP-HP	Assistance publique des hôpitaux de Paris
Arch. philo. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bibl. dr. entr.	Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
BO	Bulletin Officiel
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. inf. C. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
c.	Contre
C. constit.	Conseil constitutionnel
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise

CASF	Code de l'action sociale et des familles
C. cass.	Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDAPH	Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées
CE	Conseil d'Etat
C.élect.	Code électoral
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Chron.	Chronique
CIH	Classification Internationale du Handicap
Circ.	Circulaire
Civ. 1e	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Coll.	Collection
Comm.	Commentaires
Concl.	Conclusions
CPC	Code de procédure civile
C.pén.	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la cour de cassation
CSP	Code de la Santé Publique
cts.	Consorts

Dec.	Décret
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Directive
Doct.	Doctrine
DP	Dalloz périodique (années antérieures à 1941)
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
eod. loc.	Les mêmes mots que ceux mentionnés
Fasc.	Fascicule
Gaz. pal.	Gazette de palais
GAJC.	Grands arrêts – jurisprudence civile
HAS	Haute autorité de santé
ibid.	Au même endroit
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
IGJS	Inspection générale des services judiciaires
Inf. rap.	Informations rapides
infra	Ci-dessous
ITEP	Institut thérapeutique éducatif et pédagogique
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	La semaine juridique, Edition générale
JCP, éd. E.	La semaine juridique, Edition économique
JIB	Journal international de bioéthique
JO	Journal officiel
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée Nationale

JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JORF	Journal officiel de la république française
L.	loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MDPH	Maison départementale des personnes handicapées
Méd. & Dr.	Médecine et Droit
n.	Note
n°	Numéro
not.	Notamment
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	Operate citate
p.	Page
Petites affiches	Les petites affiches, la Loi
Pouvoirs	Revue Pouvoirs
préc.	Précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rapp.	Rapport
RD publ.	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec. CE	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'Etat
Rép. Civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. Def.	Répertoire Defrénois du notariat
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
Rev.crit.DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. fran. dom. corp.	Revue française du dommage corporel
RGDM	Revue générale de Droit médical
RFD constit.	Revue française de Droit constitutionnel
RFDA	Revue française de Droit administratif
RHF	Revue hospitalière de France
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de Droit civil
S.	Sirey
s.	suivant
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaires commentés
ss dir.	Sous la direction de
supra	Ci-dessus
T. confl.	Tribunal des conflits
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
UNAPEI	Union nationale des associations de parents d'enfants inadaptés
v.	Voir
v°	Mot
vol.	Volume

INTRODUCTION

1. L'Organisation mondiale de la santé souligne l'importance des préoccupations relatives aux troubles mentaux. Dans son rapport sur la santé mentale, elle relève que « *la dépression majeure est aujourd'hui la première cause d'incapacité dans le monde et figure au quatrième rang des principales causes de morbidité. A en croire les projections, elle aura dans une vingtaine d'années le triste privilège d'accéder à la seconde place. On compte dans le monde 70 millions d'alcoolodépendants, 50 millions environ d'épileptiques et 24 millions de schizophrènes. Un million de personnes se suicident chaque année et 10 à 20 millions font une tentative de suicide. Rares sont les familles qui ne sont pas touchées par des troubles mentaux. Une personne sur quatre sera atteinte d'un trouble mental à un moment de son existence. Le risque de contracter certaines affections, comme la maladie d'Alzheimer, augmente avec l'âge. Compte tenu du vieillissement de la population mondiale, la situation ne peut qu'empirer. L'impact social et économique des maladies mentales est énorme* »¹. La santé mentale est donc une question centrale des politiques en santé publique. En France, deux plans ministériels relatifs à la santé mentale, couvrant les périodes 2002-2005 et 2005-2008, ont été mis en œuvre. Actuellement, un nouveau plan pluriannuel de prévention et d'accompagnement des personnes souffrant de troubles mentaux est en cours d'adoption (Conseil des ministres du 26 janvier 2011.)

2. Si dans le langage l'utilisation de la terminologie « trouble mental » est assez récente, le concept lui-même est ancien. En effet, le fou a toujours existé, en revanche, son appréhension par la société a évolué au cours des temps. Durant l'Antiquité, les personnes handicapées physiques ou mentales étaient considérées comme impures, frappées par une malédiction des dieux. Ainsi, des temples étaient érigés pour combattre la folie lors de rites religieux. Le droit romain tient compte de la fureur. Puis, le développement du christianisme a modifié la perception du handicap et de la folie. La culture hébraïque, commande en effet, de traiter les pauvres et les infirmes avec bonté et compassion. Le *fol* (ou déficient

¹ OMS, Rapport sur la santé dans le monde. *La santé mentale : Nouvelle conception, nouveaux espoirs*, 2001, p. x.

intellectuel) est intégré dans la société, à la différence du *furieux*. Pendant le Moyen Age, ces personnes ont été réifiées, objets de curiosité et de divertissement².

A la fin de l'époque médiévale, même si l'édification des « hôtels Dieu » témoigne de la prise en compte de cette population, elle conduit également à l'isolement et à l'exclusion des pauvres, infirmes et miséreux. Durant l'époque classique, les aliénés étaient enfermés dans des lieux prévus à cet effet, avec les infirmes, les marginaux, les pauvres et les mendiants.

Jusqu'à la Renaissance, les troubles mentaux étaient considérés comme une punition divine. La folie étant assimilée à une possession du diable, l'exorcisme était pratiqué et considéré comme un procédé thérapeutique³. Les malades mentaux ont été victimes d'actes de tortures et d'expropriation de biens lors des chasses aux sorcières⁴. Adopté en 1496, le guide des inquisiteurs, le *Malleus Maleficarum*, assimile la sorcellerie, l'hérésie et la folie. Pendant la Renaissance, Paracelse distingue la maladie mentale de la déficience intellectuelle⁵. C'est à cette époque qu'a été mis en évidence le crétinisme.

Ce n'est qu'à partir du siècle des lumières que le handicap a été réellement considéré comme un problème de société susceptible d'être résolu. C'est également l'époque du « grand renfermement ». Le terme démence est préféré à celui de folie. C'est au XVIIIème siècle que naissent l'idée d'éducation et la psychiatrie. A la fin de l'Ancien Régime, apparaît une certaine médication des soins. Toutefois, l'approche était plus somatique que psychiatrique : les traitements (notamment des saignées, bains, purges et douches) étaient généralement dispensés dans des établissements hospitaliers. A la veille de la révolution, la France comptait six établissements spécialisés⁶.

² Les personnes de petites tailles ou infirmes étaient des bouffons du Roi. Les personnes infirmes sont restées des objets d'attraction, notamment dans les cirques et les foires jusqu'au XIXème siècle et même de nos jours. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 27 octobre 1995 a interdit un spectacle de lancer de nain en se fondant sur le principe du respect de la dignité de la personne humaine (CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* : GAJA).

³ J. STARK et C. MAUGEY, *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte*, préf. J.-C. MAGENDIE, L'harmattan, coll. La Justice au Quotidien, Paris, 2009, p. 16.

⁴ J. STARK et C. MAUGEY, *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte*, préf. J.-C. MAGENDIE, L'harmattan, coll. La Justice au Quotidien, Paris, 2009, p. 16.

⁵ Paracelse, *De generation estultorum*, Bâle, 1957 et 1959, cité dans Philippe CASPAR, *Le peuple des silencieux, Une histoire du handicap et de la déficience mentale*, Editions Fleurus, 1994, p. 78.

⁶ Les hôtels-Dieu de Paris et de Lyon, l'Hôpital Général de Rouen, l'hôpital de la Trinité d'Aix (Provence), l'hôpital d'Avignon et la Maison de Saint-Lazare à Marseille.

A la charnière du XVIIIème et du XIXème siècle, Philippe Pinel, Etienne Esquirol et Jean-Marc Itard vont jouer un rôle déterminant dans la naissance de la pédopsychiatrie⁷. Philippe Pinel, dans le traité de 1809, distingue au sein des maladies mentales, la simple mélancolie, la manie, la démence et l'idiotie. Etienne Esquirol, divise le retard mental en deux catégories : l'imbécillité et l'idiotie dans lesquelles il reconnaît plusieurs degrés de gravité⁸.

La loi du 30 juin 1838 est la première loi spéciale qui tente d'apporter une solution globale aux personnes atteintes de trouble mental. Elle marque le début d'une protection des aliénés et de l'usage du terme aliénation et de ses dérivés.

A travers les siècles, le droit a tenté de se saisir, d'apporter une réponse aux problématiques posées par le trouble mental. Il importe donc à présent, de s'intéresser à la manière dont le droit appréhende le trouble mental tant sur le plan de la technique, que sur celui du contenu. Une définition de l'approche juridique du trouble mental est nécessaire (Section 1) pour pouvoir affirmer qu'une telle approche est centrée sur la personne atteinte de trouble mental (Section 2).

Section 1 : La définition de la notion d'approche juridique du trouble mental

3. La juxtaposition des termes « approche juridique » et « trouble mental » peut paraître délicate. En effet, elle induit une confrontation entre une situation de fait et d'un ensemble de règles régissant la vie en société. Le droit peut être défini comme un ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société.⁹ Le droit est un mécanisme d'encadrement du fait social et non la reconnaissance d'une situation de fait¹⁰. Le trouble mental est un fait social, à la fois un problème de santé et de société. Dès lors, le trouble mental devient une préoccupation des politiques et à ce

⁷ Philippe CASPAR, *Le peuple des silencieux, Une histoire du handicap et de la déficience mentale*, Editions Fleurus, 1994, p. 77.

⁸ « Les imbéciles sont généralement bien formés et leur organisation de vie est presque normale ; ils sont toutefois incapables d'accéder à un usage complet de leur raison. Les idiots, en revanche, ne possèdent aucune faculté intellectuelle ou morale ; ils ne sont pas éducatibles. » Philippe CASPAR, *Le peuple des silencieux, Une histoire du handicap et de la déficience mentale*, Editions Fleurus, 1994, p. 83.

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, P.U.F.

¹⁰ Selon Hans KELSEN, le droit et plus précisément la norme tire sa validité de sa conformité à une norme supérieure. C'est le respect du processus de formation de la norme qui lui confère sa validité et non sa conformité à la situation de fait. (H. Kelsen, *Théorie pure du droit* 2^e édition traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris.) Toutefois, si le droit ne saurait se confondre avec le fait, ces deux éléments entretiennent des liens. L'évolution du droit est l'expression de l'évolution de la société.

titre du droit. Il est nécessaire de préciser la notion de trouble mental (I) avant d'observer l'approche juridique de ce fait social (II).

I- Le trouble mental

La terminologie « trouble mental » est assez récente, elle succède à celle de l'« aliénation » qui elle-même s'est substituée à « folie ». Il importe de tenter de définir la notion de trouble mental (A) avant de présenter les classifications (B).

A) Une tentative de définition

4. Il n'existe pas à proprement parler de définition du trouble mental. Le trouble est défini comme une « *perturbation dans l'accomplissement d'une fonction physique ou psychique, pouvant se manifester au niveau d'un appareil, d'un organe, d'un tissu* »¹¹. Le terme mental est un adjectif signifiant « *relatif aux fonctions intellectuelles, au psychisme* »¹². Le trouble mental pourrait donc être défini comme une perturbation dans l'accomplissement d'une fonction intellectuelle ou psychique.

5. Assez curieusement, les dictionnaires médicaux ne définissent pas le trouble mental. De manière plus formelle, ils précisent les différents troubles entrant dans la catégorie des troubles mentaux (par exemple les troubles de l'humeur, le retard mental etc...) mais pas le terme générique¹³. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) ne pose pas non plus de véritable définition mais considère que « *le terme "troubles mentaux" peut couvrir la maladie mentale, le retard mental (aussi connu comme handicap mental et incapacité intellectuelle), les troubles de la personnalité et la toxicomanie* »¹⁴. Le DSM IV TR indique qu'il existe pour la plupart des troubles un critère de significativité clinique pour que le trouble soit diagnostiqué en tant que tel. Le manuel mentionne que le trouble « *cause une souffrance cliniquement significative ou une altération du fonctionnement social ou professionnel, ou dans d'autres domaines importants* »¹⁵.

¹¹ Dictionnaire de la langue française, Larousse.

¹² Ibid.

¹³ V. par ex. J. THUILLIER, *La folie. Histoire et dictionnaire*, Ed. Robert LAFONT, coll. BOUQUINS, 1996.

¹⁴ OMS, *Ouvrages de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation – non à l'exclusion, oui aux soins*, Editions de l'OMS, 2005.

¹⁵ American Psychiatric Association, *DSM IV TR, manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, coordination générale de la trad. française, J.-D. GUELFY et M.-A. CROCQ, Masson, 2003.

6. A défaut de définir ce qu'est le trouble mental, certaines instances tentent de préciser ce qu'il n'est pas. Ainsi, les recommandations du Conseil de l'Europe relatives à la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients volontaires prévoient que « *les difficultés d'adaptation aux valeurs morales, sociales, politiques ou autres, ne doivent pas être considérées, en elles-mêmes, comme un trouble mental* » et invitent les médecins à se conformer aux données de la science médicale lorsqu'ils ont à déterminer la nécessité d'un placement en établissement psychiatrique¹⁶.

7. Par ailleurs, le trouble mental doit être distingué de notions voisines. Ainsi, le trouble mental se distingue de la maladie mentale et de la déficience mentale puisqu'il regroupe ces deux notions. La déficience mentale (ou retard mental)¹⁷ est « *un retard du développement mental, essentiellement psychomoteur et intellectuel dès l'enfance, et un déficit des performances à un âge donné* »¹⁸. La notion de déficience intellectuelle se définit par un Quotient intellectuel (QI) inférieur à 69. Il se différencie également des notions de déficience et de handicap mental. La notion de déficience est utilisée dans la Classification Internationale du Handicap de l'Organisation Mondiale de la Santé¹⁹. Elle est le premier niveau conceptuel de la nomenclature des handicaps à côté de l'incapacité²⁰ et du désavantage ou handicap. « *La déficience est la perte ou l'altération, transitoire ou définitive, d'une structure ou d'une fonction psychologique ou anatomique. Elle représente donc toute perturbation de la structure et des fonctions normales du corps et de l'individu, toute maladie qui en affecte de façon durable, la croissance, le développement, le fonctionnement.* »²¹ Dans

¹⁶ Recommandation R(83)2 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 22 février 1983, sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires. (art. 2).

¹⁷ La nouvelle édition de la Classification française des troubles mentaux de l'enfant et de l'adolescent et la DSM IV utilisent le terme « déficience mentale », tandis que la CIM 10 emploie l'expression « retard mental ».

¹⁸ J. THUILLIER, *La folie. Histoire et dictionnaire*, Ed. Robert LAFONT, coll. BOUQUINS, 1996, p. 499.

¹⁹ La CIM a été publiée pour la première fois en 1980. Elle sera remplacée par la CIF en 2001.

²⁰ L'incapacité est « *la diminution ou la perte de la possibilité d'exécuter une activité donnée de la façon ou dans les conditions considérées comme normales pour un être humain. Elle représente donc toute perte ou réduction, résultant d'une déficience, dans les performances fonctionnelles du corps ou de la personne. Elle peut se définir concrètement dans les domaines physique et/ou mental, en utilisant des échelles fonctionnelles de performances. Cet abord très pratique introduit aussi le concept de dépendance/indépendance.* » (M. MANCIAUX et G. TERRENOIRE, *Les personnes handicapées mentales : Ethique et droit*, éditions FLEURUS 2004, p. 37.)

Selon Romain LIBERMAN, « *L'incapacité résulte directement de la déficience et définit les conséquences fonctionnelles de celle-ci compatibles avec un système de quantification et d'évaluation des préjudices pouvant donner lieu à compensation financière. L'incapacité s'apprécie à l'aide d'une grille d'autonomie en référence en référence au fonctionnement normal d'un individu sain.* » (R. LIBERMAN, *Handicap et maladie mentale*, Que sais-je ?, 6^{ème} édition PUF, 2007, p. 100.

²¹ M. MANCIAUX et G. TERRENOIRE, *Les personnes handicapées mentales : Ethique et droit*, éditions FLEURUS, 2004, p. 37.

le système de WOOD, la déficience désigne l'origine du handicap et s'analyse à l'aide d'une grille d'évaluation²². Le trouble mental se caractérise par une déficience mais ne se limite pas à elle. La déficience peut être considérée comme la conséquence (ou le symptôme) du trouble. Une même déficience pouvant avoir potentiellement plusieurs origines et le trouble pouvant entraîner une multitude de déficiences.

Le trouble mental ne se confond pas avec le handicap mental. Le handicap est « *un désavantage résultant d'une déficience et/ou d'une incapacité, qui gêne ou limite le sujet atteint dans l'accomplissement de son rôle normal (en fonction de son sexe, de son âge, de l'environnement social et culturel). Le handicap est caractérisé par une discordance entre l'état ou les performances du sujet et ce qui est attendu de lui – par lui-même ou par le groupe dont il est membre. Le handicap représente donc les conséquences personnelles, sociales, économiques, de la déficience et de l'incapacité* »²³. Par conséquent, le handicap mental résulte de la conjugaison d'une déficience et de l'incapacité qu'elle produit. Il s'analyse en termes de situation sociale (familial, scolaire, professionnel, loisir, etc...) ²⁴. Le handicap mental est « *la conséquence d'une déficience intellectuelle. La personne en situation de handicap mental éprouve des difficultés plus ou moins importantes de réflexion, de conceptualisation, de communication et de décision. Elle ne peut pas être soignée, mais son handicap peut être compensé par un environnement aménagé et un accompagnement humain, adaptés à son état et à sa situation* »²⁵. Il convient de relever que le handicap mental peut être distingué du handicap psychique qui est la conséquence d'une maladie mentale²⁶.

En se basant sur la CIH il est nécessaire de dissocier entre déficience mentale et handicap mental. Cependant, dans le vocabulaire courant et même dans le langage médical²⁷, les deux termes peuvent être employés l'un à la place de l'autre.

²² R. LIBERMAN, *Handicap et maladie mentale*, Que sais-je ?, 6^{ème} édition PUF, 2007, p.88.

²³ M. MANCIAUX et G.TERRENOIRE, *Les personnes handicapées mentales : Ethique et droit*, éditions FLEURUS 2004, p 37.)

²⁴ R. LIBERMAN, *Handicap et maladie mentale*, Que sais-je ?, 6^{ème} édition PUF, 2007, p.102.

²⁵ Définition proposée par l'UNAPEI.

²⁶ Selon l'UNAFAM, la personne malade mentale est un individu « *qui souffre de troubles d'origines diverses qui entachent son mode de comportement d'une façon momentanée ou durable et inégalement grave* ».

L'UNAPEI précise que « *le handicap psychique n'affecte pas directement les capacités intellectuelles mais plutôt leur mise en œuvre. Il est toujours associé à des soins et ses manifestations sont variables dans le temps.* »

²⁷ Voir G. ZRIBI et D. POUPEE-FONTAINE, *Dictionnaire du Handicap*, 6^{ème} édition, Editions ENSP, 2007, p. 169. Le dictionnaire définit « Handicap mental ou déficience intellectuelle et mentale ».

B) Les classifications des troubles mentaux

8. La taxinomie ou taxonomie est la science des lois de la classification²⁸. Cette science a pour objet de décrire les organismes vivants et de les regrouper en entités appelées taxons (familles, genres, espèces, etc.). Cette opération permet de nommer puis classer les organismes vivants. La catégorisation, servant de référence, conduit à la notion de normalisation. Georges Canguilhem relève qu'«une norme, une règle, c'est ce qui sert à faire droit, dresser, redresser. Normer, normaliser c'est imposer une exigence. (...) Entre 1759 date d'apparition du mot normal, et 1834, date d'apparition du mot normalisé, une classe normative a conquis le pouvoir d'identifier»²⁹. En matière de déficience intellectuelle ou psychique, le concept de norme doit être manié avec beaucoup de précaution et ne saurait servir de référence à un mode d'organisation sociale. Il convient de souligner que les classifications à prétention scientifique des êtres humains en fonction des groupes sociaux, des races, puis l'évaluation des différences intellectuelles s'est faite en lien avec les contextes historiques et les enjeux sociaux. La classification « scientifique » des êtres humains au XVIIIème siècle a notamment conduit aux colonisations et au darwinisme social.

9. L'exercice de catégorisation des maladies mentales est ancien. Contrairement aux idées véhiculées à l'époque, Hippocrate considérait la folie comme une maladie et non une malédiction³⁰. Cicéron distinguait l'*insania* (ou déraison) de la *furor*. Sous l'empire, à partir du critère du discernement se distinguaient les déments, les *amentes*, *mente capti*, *insani* (ou insensés totalement privés de raison) et les *fatui* (ou faibles d'esprit)³¹. Au moyen âge, des médecins ont dressé des listes de maladies mentales, sans pour autant essayer de les classer³².

²⁸ Dictionnaire de la langue française, Larousse.

²⁹ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, PUF, coll. Gallien, 1966, p. 182.

³⁰ A. LECA, « Introduction historique à la découverte de la psychiatrie par la science juridique », in *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006, p. 12.

³¹ A. LECA, « Introduction historique à la découverte de la psychiatrie par la science juridique », in *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006, p. 14.

³² Philippe CASPAR cite l'exemple d'Ar-Râsi, médecin dans le monde arabe, au Xème siècle (Philippe CASPAR, *Le peuple des silencieux, Une histoire du handicap et de la déficience mentale*, Editions Fleurus, 1994, p. 66.)

10. Actuellement, plusieurs classifications existent.

Un manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, classifie et catégorise les critères diagnostiques des troubles mentaux³³. Il constitue un manuel de référence et est publié par l'Association américaine de psychiatrie. La dernière version, publiée en 2000 est une révision textuelle de celle de 1994. Elle est couramment appelée DSM IV TR³⁴.

Le DSM-IV comprend cinq axes³⁵:

- **Axe I** : Les troubles cliniques (troubles habituellement diagnostiqué pendant la première enfance, la deuxième enfance ou l'adolescence (à l'exclusion du retard mental diagnostiqué dans l'axe II), delirium, démence, trouble amnésique et autres troubles cognitifs, troubles mentaux dus à une affection médicale générale, troubles liés à une substance, schizophrénie et autres troubles psychotiques, troubles de l'humeur, troubles anxieux, troubles somatoformes, troubles factices, troubles dissociatifs, troubles sexuels et autres troubles de l'identité sexuelle, troubles de l'alimentation, troubles du sommeil, troubles du contrôle des impulsions non classés ailleurs, troubles de l'adaptation, autres situations pouvant faire l'objet d'un examen clinique)
- **Axe II** : Les troubles de la personnalité et le retard mental (personnalité paranoïaque, personnalité schizoïde, personnalité schizotypique, personnalité antisociale, personnalité borderline, personnalité histrionique, personnalité narcissique, personnalité évitante, personnalité dépendante, personnalité obsessionnelle-compulsive, troubles de la personnalité NS, retard mental)
- **Axe III** : Les affections médicales générales (maladies infectieuses et parasitaires, tumeurs, maladies du sang et des organes hémapoïétiques, maladies endocriniennes, métaboliques, de la nutrition et maladies immunitaires, maladies du système

³³ American Psychiatric Association, *DSM IV TR, manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, coordination générale de la trad. française, J.-D. GUELFÉ et M.-A. CROCQ, Masson, 2003.

³⁴ nota : En mai 2013 devrait voir le jour de la DSM V. Une version préliminaire des critères pour les différents diagnostics psychiatriques a été mise en ligne début 2010. Les principales modifications ont trait à une diminution du nombre des catégories, à une requalification de la dénomination « retard mental » en « déficience intellectuelle », le regroupement dans une seule catégorie "troubles du spectre autistique", de nouvelles échelles du risque suicidaire, l'ajout d'un trouble alimentaire, l'ajout de la catégorie d'addiction comportementale (au jeu notamment), un nouveau diagnostic du « dérèglement de l'humeur avec dysphorie ».

³⁵ American Psychiatric Association, *DSM IV TR, manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, coordination générale de la trad. française, J.-D. GUELFÉ et M.-A. CROCQ, Masson, 2003, p. 33 et s..

nerveux et des organes des sens, maladie de l'œil et de ses annexes, maladies de l'oreille et de la mastoïde, maladies de l'appareil circulatoire, maladies de l'appareil digestif, maladies de la peau et du tissu sous-cutané, maladies du système ostéo-musculaire et des tissus conjonctifs, maladies des organes génito-urinaires, complications de grossesse, de l'accouchement et des suites de couches, causes de morbidité et de mortalité périnatales, anomalies congénitales, symptômes et état morbides mal définis, accidents, empoisonnements et traumatisme, causes externes de morbidité et de mortalité, facteurs influençant l'état de santé et les contacts avec les services de santé).

- **Axe IV** : Problèmes psychosociaux et environnementaux (problèmes avec le groupe de support principal, problèmes liés à l'environnement social, problème d'éducation, problèmes professionnels, problèmes de logement, problèmes économiques, problèmes de l'accès aux services de santé, problèmes en relation avec les institutions judiciaire/pénales, autres problèmes psycho-sociaux et environnementaux)
- **Axe V** : Evaluation Globale du Fonctionnement

11. La Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes, plus communément appelée Classification Internationale des Maladies (CIM-10), est publiée par l'OMS³⁶. Elle contient un chapitre V intitulé « troubles mentaux et du comportement ». Ce chapitre comprend les :

- F00-F09 : Troubles mentaux organiques, y compris les troubles symptomatiques (démences (démence de la maladie d'Alzheimer, démence vasculaire, démence au cours d'autres maladies classées ailleurs, démence de la maladie de Pick, démence de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, démence de la maladie de Huntington, démence de la maladie de Parkinson), syndrome amnésique organique, delirium, états hallucinatoires organiques, troubles de la personnalité et du comportement dus à une affection, une lésion et un dysfonctionnement cérébral ...)
- F10-F19 : Troubles mentaux et du comportement liés à l'utilisation de substances psycho-actives (intoxication, syndromes de dépendance, syndromes de sevrage avec delirium, troubles psychotiques, syndromes amnésiques ...)

³⁶ La CIM-10 comprend trois volumes, publiés respectivement en 1993 (vol. 1), 1995 (vol. 2) et 1996 pour le vol. 3.

- F20-F29 : Schizophrénie, trouble schizotypique et troubles délirants
- F30-F39 : Troubles de l'humeur (épisode maniaque, hypomanie, manies, troubles affectifs bipolaires, épisode dépressifs)
- F40-F48 : Troubles névrotiques, troubles liés à des facteurs de stress et troubles somatoformes (troubles anxieux phobiques, troubles anxieux, trouble obsessionnel compulsif, réaction à un facteur de stress sévère et troubles de l'adaptation, troubles dissociatifs, troubles somatoformes, autres troubles névrotiques)
- F50-F59 : Syndromes comportementaux associés à des perturbations physiologiques et à des facteurs physiques (troubles de l'alimentation, troubles du sommeil non organique, dysfonctionnement sexuel, non dû à un trouble ou à une maladie organique, troubles mentaux et du comportement associés à la puerpéralité, non classés ailleurs, facteurs psychologiques et comportementaux associés à des maladies ou des troubles classés ailleurs, abus de substances n'entraînant pas de dépendance, syndromes comportementaux non précisés associés à des perturbations physiologiques et à des facteurs physiques)
- F60-F69 : Troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte (troubles spécifiques de la personnalité, troubles mixtes de la personnalité et autres troubles de la personnalité, modification durable de la personnalité non attribuable à une lésion et une maladie cérébrales, troubles des habitudes et des impulsions, troubles de l'identité sexuelle, troubles de la préférence sexuelle, problèmes psychologiques et comportementaux associés au développement sexuel et à son orientation...)
- F70-F79 : Retard mental (déficiences du comportement, retard mental léger, retard mental moyen, retard mental grave, retard mental profond)
- F80-F89 Troubles du développement psychologique (spécifiques du développement de la parole et du langage, troubles spécifiques du développement des acquisitions scolaires, trouble spécifique du développement moteur, troubles spécifiques mixtes du développement, troubles envahissant du développement, autres troubles du développement psychologique)
- F90-F98 Troubles du comportement et troubles émotionnels apparaissant habituellement durant l'enfance et l'adolescence (troubles hyperkinétiques, troubles des conduites, troubles mixtes des conduites et troubles émotionnels, troubles émotionnels apparaissant spécifiquement dans l'enfance, troubles du

fonctionnement social apparaissant spécifiquement durant l'enfance et l'adolescence, tics...)

- F99 Trouble mental, sans précision

Ainsi, la notion de trouble mental regroupe une très grande diversité de troubles.

II- L'approche juridique

12. Le droit est intervenu très tôt pour prendre en compte la situation des personnes atteintes de trouble mental. A Rome, la loi des XII tables prévoyait l'incapacité des furieux et des prodigues³⁷. En outre, le droit Romain consacra l'irresponsabilité pénale du dément³⁸.

13. La loi, en tant que règle de droit, se définit comme une disposition de caractère général, abstrait et permanent³⁹. La question de l'intérêt d'une législation spécifique aux personnes handicapées peut donc être soulevée. Les règles du droit commun n'étaient-elles pas suffisantes pour prendre en compte les besoins spécifiques de cette population ?

Par ailleurs, il est possible de se demander si le fait de légiférer dans un domaine précis ne conduit pas à stigmatiser les bénéficiaires de la réglementation. Ainsi, le moyen choisi pour obtenir l'objectif recherché d'intégration des personnes handicapées dans la société, aurait une conséquence inverse. Il y aurait une sorte d'effet pervers dans le système retenu par les pouvoirs publics. Par conséquent, il importe de déterminer l'intérêt de dispositions spécifiques aux personnes atteintes de troubles mentaux (A) avant de les présenter (B).

A) L'intérêt de dispositions spécifiques aux personnes atteintes de troubles mentaux

14. Comme cela a été démontré dans les précédents développements, le trouble mental est une notion spécifique et les personnes souffrant de tels troubles ont des besoins particuliers, différents de ceux des personnes qui n'en n'ont pas. En partant de cette constatation, il est possible de conclure très rapidement à la nécessité de prévoir une réglementation spécifique en faveur des personnes atteintes de troubles mentaux.

³⁷ A. LECA, « Introduction historique à la découverte de la psychiatrie par la science juridique », in *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006, p. 12.

³⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 382, n° 471.

³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, P.U.F.

Cependant, les choses ne sont pas aussi simples. En effet, la personne atteinte de trouble mental est avant tout un être humain qui bénéficie à ce titre des dispositions applicables à toute personne. Le fait que les personnes atteintes de trouble mental puissent également se prévaloir de dispositions particulières pourrait donc être perçu, par d'autres personnes comme une sorte de privilège.

15. L'article premier de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que : « *les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.* » Si les Hommes doivent être égaux en droit, ils ne le sont pas en fait. Les personnes atteintes de troubles mentaux, en raison de leur handicap, ne peuvent bénéficier de la plénitude de leurs droits. Bien que ces personnes soient titulaires de droits, elles ne peuvent pas tous les exercer. A ce titre, il importe de remarquer que la vie en société n'est pas accessible à certaines personnes. Le législateur est donc intervenu pour rétablir une égalité dans l'effectivité de l'exercice des droits,

16. C'est en se fondant sur le principe fondamental d'égalité que le législateur est intervenu, pour essayer de compenser ou de réparer les inégalités de fait dans l'exercice des droits. Ce faisant, il convient de se demander si le législateur ne crée pas une discrimination au profit des personnes handicapées. De fait, la loi crée une différence de traitement. Cependant, le principe de non-discrimination n'implique pas l'interdiction d'un droit à la différence. Le principe fondamental⁴⁰ de non-discrimination signifie qu'il doit exister une égalité de traitement entre deux personnes qui sont dans des situations identiques. En revanche, il est possible de traiter différemment deux personnes qui présentent des situations différentes. Cette acceptation d'un droit à la différence conduit à admettre la possibilité d'une discrimination positive. Sur le plan théorique, une discrimination même positive reste une différence de traitement qui semble contraire au principe d'égalité. Elle n'est donc acceptable que dans la mesure où elle repose sur des justifications objectives et raisonnables.

17. Les experts du Centre international des Nations Unies réunis à Vienne en juin 1986⁴¹ ont dénombré trois types de législations susceptibles de concerner les personnes handicapées : une législation générale qui concerne l'ensemble des populations et donc les

⁴⁰ Le principe de non discrimination est contenu dans : l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 intégré dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 14 de la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

⁴¹ Rapport de la réunion internationale d'experts concernant la législation sur l'égalisation des opportunités pour les personnes handicapées, in *Réadaptation*, supplément au n° 343, septembre-octobre 1987.

personnes handicapées, une législation spéciale qui s'applique à toutes catégories de personnes handicapées et une législation spéciale contenant des dispositions spécifiques en fonction de la catégorie de handicap. Ces experts recommandent qu'une législation spéciale ne soit utilisée que « *lorsque les lois et réglementations à caractère général ne peuvent pas traiter les problèmes que rencontrent les personnes handicapées, ou ne peuvent le faire dans un avenir prévisible* »⁴². Ils précisent que « *la législation sera considérée comme plus acceptable si les groupes ne sont pas perçus comme imposant aux autres des charges particulières* ». Cette précision montre toute la difficulté qu'engendre la mise en place de dispositifs en faveur d'une partie minoritaire de la population. Cette même logique peut être suivie pour les législations applicables aux personnes souffrant de troubles mentaux.

18. Ainsi la législation sur la santé mentale peut prendre la forme d'une législation intégrée ou d'une législation séparée. La législation intégrée permet d'éviter la stigmatisation des personnes, de garantir une meilleure intégration de ces personnes ainsi qu'une effectivité de l'application des dispositions⁴³. En revanche, l'insertion des dispositions relatives aux troubles mentaux dans une législation pertinente non-spécifique conduit à un éclatement du dispositif et par conséquent à des difficultés rédactionnelles. La législation spéciale facilite l'adoption des textes mais peut accentuer la ségrégation de ces personnes. Le législateur français a généralement recours aux législations spéciales. A titre d'exemple, en ne s'intéressant qu'aux plus récentes, il est possible de citer la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs⁴⁴, celle du 25 février 2008 relative notamment à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental⁴⁵ ou celle du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge⁴⁶. Dans de rares hypothèses, le

⁴² Le principe de la subsidiarité des législations spéciales est également retenu par le comité économique et social des Communautés européennes, dans son avis du 17 juillet 2002 sur l'intégration des personnes handicapées qui préconise « *la prise en compte systématique des priorités et des besoins des personnes handicapées dans toutes les politiques et mesures d'ordre général, afin de promouvoir l'égalité des chances pour les personnes handicapées, en prenant activement et ouvertement en compte, dès le stade de la planification, les conséquences que ces politiques auront pour les personnes handicapées lors de leur mise en œuvre, de leur évaluation.* », JOCE n° C 241 du 7 octobre 2002, p. 90.

⁴³ OMS, *Ouvrages de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation – non à l'exclusion, oui aux soins*, Editions de l'OMS, 2005, p. 8.

⁴⁴ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO du 7 mars 2007, p. 4325.

⁴⁵ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JO du 26 février 2008, p. 3266.

⁴⁶ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

législateur intègre des dispositions spécifiques aux personnes atteintes de troubles mentaux dans un dispositif plus large. Tel est par exemple le cas dans les lois de bioéthique.

19. Le législateur français a choisi de créer au profit des personnes atteintes de trouble mental des droits spécifiques non dérogoires au droit commun et d'autres dérogoires au droit commun. Cette décision résulte du constat de l'impossibilité dans laquelle se trouve le droit commun, de satisfaire les besoins spécifiques des personnes handicapées. En effet, l'hétérogénéité des troubles mentaux et donc la diversité des besoins s'y rapportant ne peuvent pas être prises en compte par des dispositions trop générales. Le droit commun ne parvient pas à répondre de manière totale aux besoins humains, techniques, juridiques ou financiers des personnes souffrant de troubles mentaux.

Quelle que soit leur forme, les législations en santé mentale, permettent de protéger les droits et libertés des personnes atteintes de trouble mental.

B) Le corpus normatif spécifique au trouble mental

20. L'Organisation mondiale de la santé définit les points essentiels de la législation en santé mentale⁴⁷ :

- *La législation est complémentaire aux politiques, aux plans et aux programmes de santé mentale et peut servir à renforcer les buts et les objectifs de la politique.*
- *Les personnes atteintes de troubles mentaux sont un segment vulnérable de la société et elles ont besoin de protections spéciales.*
- *La législation sur la santé mentale est nécessaire pour protéger les droits des personnes atteintes de troubles mentaux dans les environnements institutionnels et dans la société.*
- *La législation sur la santé mentale est plus qu'une simple législation de "soins et traitement". Elle fournit un cadre juridique pour l'étude de questions cruciales de santé mentale telles que l'accès aux soins, à la réadaptation et aux soins de suivi, l'intégration complète des personnes atteintes de troubles mentaux dans la société et la promotion de la santé mentale dans différents secteurs de la société.*

⁴⁷ OMS, *Ouvrages de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation – non à l'exclusion, oui aux soins*, Editions de l'OMS, 2005, p. 19.

- *Les Gouvernements sont tenus de respecter, promouvoir et faire appliquer les droits fondamentaux des personnes atteintes de troubles mentaux, tels que consignés dans les documents internationaux et régionaux contraignants des droits de l'homme.*
- *Les questions législatives relatives à la santé mentale peuvent être consolidées en un document juridique unique ou dispersées dans des documents législatifs différents.*
- *Toute législation progressive sur la santé mentale doit incorporer des protections des droits de l'homme, telles qu'elles sont consignées dans les documents internationaux et régionaux des droits de l'homme et les normes techniques. La législation doit permettre également d'atteindre les objectifs de santé publique et de politique sanitaire.*

21. Au plan international, divers textes permettent de protéger les droits des personnes atteintes de troubles mentaux. Dans le prolongement de la Déclaration des Droits de l'Homme, l'ONU adopte en 1971⁴⁸, une Résolution portant Déclaration des droits du déficient mental. Puis, en 1975, la Déclaration sur les droits des personnes handicapées⁴⁹, définit des normes pour l'égalité de traitement de ces personnes et leur accès à des services leur permettant d'accélérer leur insertion sociale. En outre, les Principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale⁵⁰, ont vocation à influencer les législations nationales dans la mesure où ils représentent un consensus de l'opinion internationale. L'ONU a également adopté, une convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des handicapés⁵¹, ainsi qu'une convention relative aux droits des personnes handicapées⁵².

22. Par ailleurs, au plan européen plusieurs textes sont spécifiques à la protection des personnes atteintes de troubles mentaux. Le Conseil de l'Europe a adopté des

⁴⁸ Résolution du 20 décembre 1971 de l'Assemblée générale de l'ONU portant déclaration des droits du déficient mental.

⁴⁹ Résolution du 9 décembre 1975 de l'Assemblée générale de l'ONU portant déclaration des droits des personnes handicapées.

⁵⁰ Résolution 46/119 adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 17 décembre 1991, relative à la protection des personnes atteintes de maladies mentales et amélioration des soins de santé mentale.

⁵¹ Résolution 56/168, Convention internationale globale et intégrée pour la promotion et la protection des droits et de la dignité des handicapés adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2001.

⁵² La Convention relative aux droits des personnes handicapées a été adoptée le 13 décembre 2006 par le comité spécial de l'Assemblée générale de l'ONU.

recommandations relatives à la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires⁵³, à la psychiatrie et aux droits de l'homme⁵⁴, et à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux⁵⁵.

23. Au plan national, il faut attendre la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation⁵⁶ pour que le terme « trouble mental » apparaisse. De nombreuses dispositions ont trait au trouble mental mais lui préfèrent des notions voisines, équivalentes. Ainsi les dispositions relatives à la protection des majeurs parlent d'une altération des facultés mentales, et les dispositions relatives à l'irresponsabilité pénale pour trouble mental font référence aux troubles psychiques ou neuropsychiques.

24. Si le droit ne définit pas la notion de trouble mental, il prévoit des dispositions, propose des mécanismes pour la personne atteinte de trouble mental. Le droit évoque donc le trouble mental à travers la personne qui en souffre. La question centrale des recherches sur l'approche juridique du trouble mental n'est donc pas comment le droit appréhende le trouble mental mais, comment le droit appréhende la personne atteinte de trouble mental. Il convient donc de s'intéresser à la protection de la personne atteinte de troubles mentaux.

Section 2 : L'approche juridique centrée sur la protection des personnes atteintes de trouble mental

Le droit offre plusieurs niveaux de protection à la personne atteinte de trouble mental. Celle-ci bénéficie des droits reconnus à l'ensemble des personnes (I), mais également de droits particuliers (II)

⁵³ Recommandation R(83)2 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 22 février 1983, sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires.

⁵⁴ Recommandation 1235 (1994) adoptée par l'Assemblée du Conseil de l'Europe le 12 avril 1994 relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme.

⁵⁵ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

⁵⁶ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JO du 30 juin 1990, p. 7664.

I- La protection en tant que personne à part entière

25. Les personnes atteintes de troubles mentaux sont avant tout des personnes. A ce titre, elles jouissent des droits et libertés reconnus à l'ensemble des êtres humains.

La protection de la personne comprend la défense des droits de la personnalité. La notion de droits de la personnalité est une construction doctrinale⁵⁷. Il s'agit des « droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique (innés et inaliénables) pour la protection de ses intérêts primordiaux »⁵⁸. La personnalité désigne « *le corps humain vivant et tous les prolongements qui en sont originellement ou fonctionnellement indissociables.* »⁵⁹. Les droits de la personnalité sont des droits fondamentaux protégés au niveau supranational par la Déclaration universelle des droits de l'homme⁶⁰ et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶¹ défendu. Parmi les droits de la personnalité se trouvent le droit à l'honneur, le droit à l'image, l'inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée⁶². Certains auteurs, intègrent également dans la notion de droits de la personnalité, le droit au respect de l'intégrité physique, et le respect de la pensée⁶³. Les droits de la personnalité sont des droits extrapatrimoniaux attachés à la personne.

26. L'article 9 du Code civil prévoit que chacun a droit au respect de sa vie privée. A partir de ce texte, la jurisprudence a décliné différents droits de la personnalité.

27. Comme toute personne humaine, la personne atteinte de trouble mental a droit à la protection des droits de la personnalité. Par exemple, la personne handicapée mentale a droit au respect de son image. La Cour de cassation a ainsi jugé que « *la reproduction d'images représentant des handicapés mentaux dans l'intimité de leur existence quotidienne*

⁵⁷ A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, p. 182, n° 137.

⁵⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriga, P.U.F.

⁵⁹ Th. REVET et F. ZENATI-CASTAING, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. droit fondamental, 2006, p. 217, n° 257.

⁶⁰ L'article 12 de la DUDH prévoit que « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* »

⁶¹ L'article 8 de la CEDH garantit le respect du droit à la vie privée et familiale.

⁶² G. CORNU, *Droit civil : les personnes*, Montchrestien, Domat, 13^{ème} éd., 2007, p. 59, n° 26.

⁶³ B. TEYSSIE, *Droit civil : Les personnes*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, p. 29 et s. et 94 et s.

à l'intérieur des établissements où ils vivent et ce, sans l'autorisation de leurs représentants légaux constitue, à elle seule, une atteinte illicite à l'intimité de leur vie privée »⁶⁴.

28. Cependant, l'état psychique des personnes atteintes de troubles mentaux révèle des problématiques particulières dans l'exercice des droits, notamment ceux de la personnalité⁶⁵. Ainsi, la vie familiale et sexuelle de la personne handicapée mentale ont longtemps été l'objet de tabou. S'agissant d'une personne dont les facultés intellectuelles sont limitées, se pose inévitablement la question de son aptitude à consentir à l'acte sexuel. Dès lors que la question de la sexualité se pose, les questions de la contraception⁶⁶ et du droit à l'enfant sont inévitables. La réponse à ces questions suppose une réflexion éthique. *« Le principe de réalité oblige à prendre également en compte ses manques, ses carences pour éviter de la surestimer, de lui en demander trop, de la mettre ainsi en situation d'échec. Toutefois, le principe d'autonomie milite pour un accompagnement qui conduise la personne vers le maximum d'indépendance, de liberté de choix et de conscience d'elle-même que son état lui permet d'atteindre »⁶⁷.* Par ailleurs, lorsque les personnes handicapées mentales résident dans un établissement, le respect des droits de la personnalité est un véritable enjeu pour l'institution.

29. La liberté d'aller et venir est une liberté fondamentale. Elle trouve son fondement dans les articles 1^{er}, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle a ainsi une valeur constitutionnelle. Le législateur a apporté certaines restrictions à l'exercice de cette liberté. Les mesures de soins psychiatriques sans consentement sont une exception au principe de la liberté et de venir lorsqu'elles prennent la forme d'une hospitalisation complète. Les restrictions à la liberté d'aller et de venir sont strictement encadrées et contrôlées. La conférence de consensus relative à la liberté d'aller et venir souligne que *« la liberté d'aller et venir d'une personne hospitalisée dans un établissement sanitaire ou accueillie dans un établissement médico-social ne doit pas être entendue seulement comme la liberté de ses déplacements à l'intérieur de l'établissement, mais aussi comme la possibilité pour elle de mener une vie ordinaire au sein de l'établissement qu'elle a elle-même choisi.*

⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1993, Bull.civ. I, n° 87 p. 57, RDSS 1993 obs. JML., D. 1993. 614, note Th. VERHEYDE. Dans cet arrêt, la Haute juridiction a jugé que l'accord du tuteur en gérance ne suffisait pas.

⁶⁵ V. V. DOUMENG, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, tome 2, *L'intimité*, préf. C. NEIRINCK ; Texte remanié d'une thèse de doctorat de Droit privé, Toulouse 1, 1998, PUAM, 2002.

⁶⁶ CCNE, avis n° 49, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996.

⁶⁷ M. MANCIAUX et G. TERRENOIRE, *Les personnes handicapées mentales : Ethique et droit*, éditions FLEURUS 2004, p 237.

Cette liberté s'interprète de manière extensive et prend appui sur les notions d'autonomie, de vie privée et de dignité de la personne »⁶⁸.

II- La protection en tant que personne particulière

La personne atteinte de trouble mental est avant tout une personne. Elle est également une personne singulière qui a besoin d'une protection. Elle est à la fois une personne vulnérable (A) et une personne malade (ou souffrant de déficience) (B).

A) La protection en tant que personne vulnérable

Le terme vulnérable vient du latin « vulnerare » qui signifie blesser. La personne vulnérable est une personne qui, du fait de sa déficience, est susceptible d'être blessée⁶⁹, et a par conséquent besoin de protection. Le droit protège les personnes vulnérables notamment à travers des dispositions répressives (1) et l'existence d'une obligation de surveillance renforcée à la charge des établissements accueillant les personnes atteintes de troubles mentaux (2).

1) La protection pénale de la vulnérabilité

La protection de la vulnérabilité de la personne atteinte de trouble mental est assurée par l'instauration d'infractions ayant pour élément constitutif la santé mentale (a) et par la prise en compte de la santé mentale en tant que circonstance de l'infraction (b).

a) La santé mentale en tant qu'élément constitutif de l'infraction

La santé mentale et plus précisément l'altération de la santé mentale de la victime peut être considérée comme un élément constitutif de l'infraction. Elle intervient soit en tant que résultat de l'infraction, soit en tant qu'élément caractéristique de la victime.

⁶⁸Conférence de consensus : Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité, 24 et 25 novembre 2004, avec participation ANAES et FHF, version longue, p. 21.

⁶⁹C. FURSTENBERG, *L'autonomie s'amenuise, la vulnérabilité affleure, la personne demeure... : La sauvegarde de la dignité par la responsabilité*, Ed. Beaurepaire, 2011.

- L'altération de la santé mentale en tant que résultat de l'infraction

30. Tout d'abord, le Code pénal tend à protéger la santé mentale des personnes. En effet, celui-ci comporte un chapitre relatif aux violences intitulé « des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. » La Haute juridiction considère que « *le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique* »⁷⁰. L'atteinte à l'intégrité psychique est sanctionnée de manière graduelle selon la gravité du résultat. Celle-ci est mesurée par le recours à la notion d'incapacité totale de travail. L'incapacité est appréciée au regard de la possibilité d'avoir une activité normale et non pas uniquement au regard d'une activité professionnelle⁷¹.

31. Ensuite, la santé mentale est prise en considération par le droit du travail. Le harcèlement moral est défini comme « *le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »⁷². Il est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende⁷³. La qualification de l'infraction n'exige pas l'existence d'un lien de hiérarchie entre l'auteur et la victime de l'infraction⁷⁴. Elle suppose en revanche la répétition d'actes qui en font une infraction d'habitude. Les conséquences du harcèlement moral peuvent être dramatiques voire irréversibles comme en témoigne l'actualité de ces dernières années⁷⁵.

32. Enfin, la loi du 9 juillet 2010 relative notamment aux violences au sein du couple⁷⁶ a créé l'infraction spéciale du harcèlement moral au sein du couple. L'article L. 222-33-2-1 dispose « *le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou*

⁷⁰ Cass. crim., 2 septembre 2005, Bull. crim., n° 212, RSC 2006, p.69, obs. MAYAUD.

⁷¹ Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2007, p. 88, n° 160.

⁷² C. pén. Art. L. 222-33-2 du Code pénal.

⁷³ Même article.

⁷⁴ M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 13^{ème} éd., 2010, p. 79, n°96.

⁷⁵ L'actualité récente a été marquée par plusieurs suicides de salariés de grandes entreprises françaises (Renault et France Télécom notamment).

⁷⁶ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JO du 10 juillet 2010, p. 12762.

son concubin par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail et de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende lorsqu'ils ont causé une incapacité totale de travail supérieure à huit jours. Les mêmes peines sont encourues lorsque cette infraction est commise par un ancien conjoint ou un ancien concubin de la victime, ou un ancien partenaire lié à cette dernière par un pacte civil de solidarité. »

- L'altération de la santé mentale en tant qu'élément particulier de la victime de l'infraction

33. De nombreuses infractions sont spécifiques à la situation de vulnérabilité de la victime. Certaines relèvent des atteintes à l'intégrité de la personne, d'autres de la mise en danger ou des atteintes à la dignité.

Au sein des atteintes à l'intégrité de la personne se trouvent les violences habituelles sur personne vulnérable. Les violences habituelles sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à une déficience psychique est apparente ou connue de leur auteur sont sanctionnées différemment selon la gravité du résultat⁷⁷. Le législateur a souhaité sanctionner sévèrement la maltraitance dont sont trop souvent victimes les enfants, les personnes âgées ou handicapées. Il convient de relever que la prévention de la maltraitance institutionnelle⁷⁸ se trouve au cœur de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale⁷⁹. Malheureusement, les faits divers recèlent des cas de violences habituelles dans des maisons de retraites ou autres institutions.

⁷⁷ C. pén., art. 222-14.

Les violences habituelles sur une personne vulnérable en raison d'une déficience psychique sont punies :

« 1° De trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné la mort de la victime,

2° De vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente,

3° De dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours,

4° De cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elles n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours. »

⁷⁸ V. F. BAS-THERON et Ch. BRANCHU, *Evaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'Etat dans les établissements sociaux et médico-sociaux*, Rapport IGAS n° 2005 179, La documentation française, mars 2006.

⁷⁹ Afin de prévenir tout risque de maltraitance, la loi prévoit la mise en place d'une charte des droits et libertés des personnes accueillies. (CASF, art. L. 311-4) Cette charte est annexée à l'arrêté du 8 septembre 2003.

Parmi les infractions de mise en danger se trouvent le délaissement et l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse. Le délaissement d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende⁸⁰.

L'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à une déficience psychique est apparente ou connue de leur auteur, ou d'une personne en état de sujétion psychologique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende⁸¹. Initialement, ce délit figurait parmi les infractions relatives aux biens⁸². La loi du 12 juin 2001⁸³ luttant contre les mouvements sectaires l'a transformé en délit contre les personnes et l'a inscrit au chapitre de la mise en danger de la personne. Le législateur souhaitait sanctionner la « manipulation mentale » opérée par certaines sectes. Il a donc élargi le champ d'application de l'infraction d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. La lettre du texte exige un acte gravement préjudiciable⁸⁴. La jurisprudence considère qu'il n'est pas nécessaire que le préjudice se réalise⁸⁵.

⁸⁰ C. pén., art. 223-3.

⁸¹ C. pén., art. 223-15-2.

⁸² C. pén., art. 314-3.

⁸³ Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JO du 13 juin 2001, p. 9337.

⁸⁴ Les pratiques légèrement préjudiciables peuvent relever du droit de la consommation qui interdit les pratiques déloyales. L'article L. 120-1 du Code de la consommation prévoit qu'«une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe. »

Le Code de la consommation sanctionne pénalement l'abus de faiblesse aggravé lorsque la personne n'était pas en mesure de comprendre la portée des engagements qu'elle prenait. L'article L. 122-8 dispose dans son premier alinéa « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte.* »

⁸⁵ Cass. crim. 12 janvier 2000, Bull. n° 15 ; D. 2001, p. 813, note J.-Y. MARECHAL ; Dr. pén. 2000, comm. n° 69 ; RSC 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF.

Marie-Laure RASSAT considère que cet arrêt est en contradiction avec la lettre du texte. (M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2011, p. 351, n°298.

34. Entrent dans la catégorie des atteintes à la dignité les discriminations, la prostitution de personnes particulièrement vulnérables, l'exploitation, la soumission à des conditions de travail ou d'hébergements contraires à la dignité.

La distinction opérée entre les personnes physiques en raison notamment de leur état de santé ou de leur handicap, constitue une discrimination⁸⁶. L'article 225-2 du Code pénal incrimine plusieurs comportements discriminatoires relatifs notamment à la fourniture d'un service ou à une embauche.

La loi du 18 mars 2003⁸⁷ a élargi l'infraction relative à la prostitution des mineurs, à la prostitution des personnes particulièrement vulnérables. Le recours à la prostitution d'une personne dont la particulière vulnérabilité due à une déficience psychique est apparente ou connue de leur auteur est puni de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende⁸⁸. Cette infraction permet de sanctionner le client de la personne qui se livre à la prostitution.

L'exploitation est le fait d'obtenir d'une personne la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. L'exploitation d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur est sanctionnée de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende⁸⁹. Le texte vise principalement les travailleurs clandestins, les travailleurs immigrés ou les personnes au chômage⁹⁰. Dans la mesure où le texte ne distingue pas, l'incrimination peut être appliquée à toute personne vulnérable. Il n'est pas anodin que le travail de la personne handicapée soit réglementé⁹¹.

En outre l'article 225-14 du Code pénal sanctionne « *le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine* » de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Ce texte peut trouver à s'appliquer en dehors de l'hypothèse du « marchands de sommeil ».

⁸⁶ C. pén., art. 225-1.

⁸⁷ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO du 19 mars 2003, p.4761. (art. 50)

⁸⁸ C. pén., art. 225-12-1.

⁸⁹ C. pén., art. 225-13.

⁹⁰ M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey Université, 13^{ème} éd., 2010.

⁹¹ Les articles L. 243-4 et suivants du Code de l'action sociale et des familles réglementent le travail de la personne handicapée en milieu adapté.

b) La santé mentale en tant que circonstance de l'infraction

Le trouble mental peut être une circonstance aggravante ou atténuante selon que la personne qui en est atteinte est auteur ou victime de l'infraction.

- Le trouble mental en tant que circonstance aggravante

35. Les circonstances aggravantes sont « *les faits visés par la loi obligeant le juge à prononcer une peine plus forte que la sanction normalement encourue* »⁹².

La prise en compte de la vulnérabilité de la victime de l'infraction comme circonstance aggravante n'est pas nouvelle. La loi du 23 décembre 1980⁹³ aggrave les sanctions du viol⁹⁴, de l'attentat à la pudeur⁹⁵ lorsqu'il est commis « *sur une personne particulièrement vulnérable en raison d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale* ». La loi « sécurité et liberté »⁹⁶ prévoyait comme circonstance aggravante des violences, le fait qu'elles soient commises sur « *toute personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental* »⁹⁷

Le nouveau Code pénal a préféré l'expression « *une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur* » que l'on retrouve à de nombreuses reprises.

36. Parfois il suffit que la victime soit vulnérable pour que la circonstance aggravante trouve à s'appliquer, d'autres fois il est nécessaire que la vulnérabilité ait facilité la commission de l'infraction

L'état de vulnérabilité de la victime de l'infraction suffit pour constituer la circonstance aggravante de certaines infractions contre les personnes ou contre les biens. Pour ce qui concerne les infractions contre les personnes, la circonstance existe en matière de meurtre⁹⁸, de tortures et d'actes barbarie⁹⁹, de violences, de viol¹⁰⁰, d'agressions

⁹² G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

⁹³ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, JO du 24 décembre 1980, p. 3028. (art. 1)

⁹⁴ C. pén., art. 332 ancien

⁹⁵ C. pén., art. 333 ancien.

⁹⁶ Loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, (Loi PEYREFITTE), JO du 3 février 1981, p. 415. (art. 18)

⁹⁷ C. pén., art. 309 ancien.

⁹⁸ La peine est portée de trente ans de réclusion criminelle à la perpétuité. (C. pén., art. 221-4 3°)

⁹⁹ La peine est portée de quinze ans à vingt ans de réclusion criminelle. (C. pén., art. 222-3 2°).

sexuelles¹⁰¹, de traite des êtres humains¹⁰², de proxénétisme¹⁰³, d'exploitation de la mendicité¹⁰⁴, de l'exploitation de la vente à la sauvette¹⁰⁵ ou de bizutage¹⁰⁶. Il convient de relever que l'ensemble des violences volontaires est concerné. La circonstance aggravante existe en matière de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner¹⁰⁷, de violences volontaires ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente¹⁰⁸, de violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours¹⁰⁹, de violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours¹¹⁰, de violences n'ayant entraîné aucune incapacité de travail¹¹¹. Pour les infractions contre les personnes, il est évident que la vulnérabilité de la victime a facilité l'infraction.

Pour ce qui concerne les infractions contre les biens, l'état de vulnérabilité suffit pour caractériser la circonstance aggravante en matière d'extorsion¹¹², d'escroquerie¹¹³, d'abus de confiance¹¹⁴. Ces trois infractions impliquent une action de la part de la victime¹¹⁵. La

En outre, lorsque les actes de tortures et de barbarie sont commis en bande organisée ou de manière habituelle sur une personne vulnérable, la peine est portée à trente ans (C. pén., art. 222-4).

¹⁰⁰ La peine est portée de quinze à vingt ans de réclusion criminelle (C. pén., art. 222-24 3°)

¹⁰¹ La peine est portée de cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 100000 euros d'amende (C. pén., art. 222-29 2°)

¹⁰² La peine est portée de sept ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende à dix ans d'emprisonnement et 1 500 000 euros d'amende (C. pén., art. 225-4-2 2°)

¹⁰³ La peine est portée de sept ans d'emprisonnement et 150000 euros d'amende à dix ans d'emprisonnement et 1500000 euros d'amende (C. pén., art. 225-7 2°).

¹⁰⁴ La peine est portée de six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende à un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende (C. pén., art. 225-16-2)

¹⁰⁵ La peine est portée de de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. (C. pén., art. 225-12-9 2°)

¹⁰⁶ La peine est portée de six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende à d'un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende (C. pén., art. 225-16-2).

¹⁰⁷ La peine est portée de quinze à vingt ans de réclusion criminelle (C. pén., art. 222-8 2°).

¹⁰⁸ La peine est portée de dix ans d'emprisonnement et 150000 euros d'amende à quinze ans de réclusion criminelle (C. pén., art.222-10 2°).

¹⁰⁹ La peine est portée de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (C. pén., art. 222-12 2°). .

¹¹⁰ La peine est portée d'une amende de 1500 euros à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (C. pén., art. 222-13 2°).

¹¹¹ La peine est portée d'une amende de 750 euros à trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (C. pén., art. 222-13 2°).

¹¹² La peine est portée de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende à dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende (C. pén., art. 312-2 2°).

¹¹³ La peine est portée de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende. à sept ans d'emprisonnement et à 750000 euros d'amende (C. pén., art. 313-2 4°).

¹¹⁴ La peine est portée de trois ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et à 750000 euros d'amende (C. pén., art. 314-2).

¹¹⁵ Pour l'extorsion l'action peut être une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque (C. pén., art. 312-1).

Pour l'escroquerie, l'action consiste à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge (C. pén., 313-1).

Pour l'abus de confiance, l'action est la remise des fonds, des valeurs ou un bien quelconque objets du détournement (C. pén., art. 314-1).

commission de l'infraction aura donc nécessairement été facilitée par la vulnérabilité de la victime qui a été contrainte, trompée ou dupée. D'une certaine manière l'implication de la victime dans la réalisation de l'infraction donne une dimension morale au préjudice subi.

37. En revanche, l'état de vulnérabilité de la victime doit avoir facilité la commission de l'infraction en matière de vol¹¹⁶, ou de destruction, de dégradation ou de détérioration d'un bien appartenant à autrui entraînant un dommage autre que léger¹¹⁷ et de tags¹¹⁸. Il convient de relever que dans ces infractions, la victime subit l'action, elle n'agit pas. Il paraît donc opportun de préciser l'exigence de facilité¹¹⁹.

- Le trouble mental en tant que circonstance atténuante

38. l'article 122-1 du Code pénal prévoit dans son premier alinéa que « n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. » Ainsi, lorsque l'auteur de l'infraction est atteint de trouble mental, sa responsabilité peut être atténuée voire exclue. La justification d'une telle cause d'irresponsabilité pénale et la présentation de son régime font l'objet de développements dans le corps du travail.

2) La protection civile de la vulnérabilité : l'obligation de surveillance

39. Une obligation de surveillance générale pèse sur l'ensemble des établissements de santé¹²⁰. Cette obligation découle du contrat formé entre le patient et l'établissement¹²¹. Les obligations découlant du contrat d'hospitalisation¹²² concernent l'hébergement mais également la sécurité des patients. Cette dernière, dont découle l'obligation de surveillance est une obligation de moyens¹²³. Par conséquent, il revient à la victime de prouver la faute,

¹¹⁶ La peine est portée de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende (C. pén., art. 311-5 2°).

¹¹⁷ La peine est portée de deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende à de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (C. pén., art. 322-3 2°).

¹¹⁸ La peine est portée d'une peine de travail d'intérêt général et 3750 euros d'amende à une peine de travail d'intérêt général et 15 000 euros d'amende (C. pén., art. 322-3 2°).

¹¹⁹ Contra : Michèle-Laure RASSAT relève que le choix de l'une ou l'autre formule n'est pas toujours convaincant. (M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Précis, 6^{ème} éd., 2011, p. 70, n° 62).

¹²⁰ C. JONAS et J.-L. SENNON, *Responsabilité médicale et droit du patient en psychiatrie*, EMC, ELSEVIER, 2004, p. 26.

¹²¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 90, p. 60 ; D. 1998, IR p. 88 ; JCP G 1998, IV 1935, p. 784 ; RDSS 1999, p. 568, obs. G. MEMETEAU.

¹²² G. MEMETEAU, « La responsabilité hôtelière de la clinique privée », RDSS 1995, p. 475.

¹²³ CA Paris, 5 mars 1999, D. 1999, somm. p. 392, obs. J. PENNEAU.

le défaut de surveillance. D'une manière équivalente, une obligation de surveillance pèse sur les établissements hospitaliers¹²⁴. Les juridictions administratives considèrent en effet, que le défaut de surveillance révèle une mauvaise organisation ou un fonctionnement défectueux du service public hospitalier¹²⁵.

40. Les cliniques psychiatriques et les établissements spécialisés en psychiatrie ont une obligation de surveillance renforcée. Cette obligation de surveillance spécifique s'explique par le risque de suicide accru chez les personnes atteintes de troubles mentaux¹²⁶. Le juge effectue une appréciation *in concreto* des circonstances de faits entourant le suicide¹²⁷. Il s'intéresse notamment à la prévisibilité et l'irrésistibilité du geste. La prévisibilité du geste « est retenue sur des indications cliniques (qui incombent au psychiatre) mais également sur le comportement du patient, les propos de la famille ou ses antécédents »¹²⁸. Pour déterminer si l'acte suicidaire était ou non irrésistible, les juges apprécient l'organisation matérielle du service et les éventuelles mesures préventives qui ont ou auraient dû être prises.

B) La protection en tant que personne malade et/ou souffrant de déficience

Le trouble mental englobant les maladies mentales et la déficience intellectuelle, les personnes qui en sont atteintes ont nécessairement besoin de soins, d'attention particulière. Une prise en charge ou un accompagnement spécifique est proposé par différentes structures.

¹²⁴ CE, 8 mars 1967, *Sieur Vernet*, RDP 1967, p. 1044.

¹²⁵ J. MONTADOR, « Une source importante de responsabilité administrative : le suicide du malade à l'hôpital », ADJA 1972, p. 197.

¹²⁶ S. GUIGUE, « Suicide du patient », in *Les grandes décisions du droit médical*, sous dir. F. VIALLA, LGDJ, 2009, p. 414 et s.

¹²⁷ C. JONAS, « Les obligations de surveillances des cliniques et des hôpitaux », in *Responsabilité médicale : la référence pour les hôpitaux, médecins, juristes*, sous dir. A. ROGIER, ESKA, 2005, p. 719 et s.

¹²⁸ C. cass. 31 janvier 1961, CE, 24 juillet 1987, 23 octobre 1968, 30 octobre 1968.

C. JONAS et Th. CASAGRANDE, *Situations juridiques complexes en psychiatrie : suicide, information, et hospitalisation sans consentement*, L'entreprise médicale, 2000, p. 6.

1) Les structures accueillant les personnes atteintes de trouble mental

41. Diverses structures peuvent accueillir les personnes atteintes de troubles mentaux. En fonction du degré de leur handicap, les personnes atteintes de troubles mentaux peuvent être placées dans plusieurs types d'établissement.

Plusieurs types de structures sont susceptibles de recevoir des personnes présentant une situation complexe de handicap, avec une altération de leurs capacités de décision et d'action dans les actes essentiels de la vie quotidienne. Cette situation résulte « soit d'un handicap grave à expression multiple associant déficience motrice et déficience intellectuelle sévère ou profonde et entraînant une restriction extrême de l'autonomie et des possibilités de perception, d'expression et de relation ; soit d'une association de déficiences graves avec un retard mental moyen sévère ou profond entraînant une dépendance importante ; soit d'une déficience intellectuelle, cognitive ou psychique sévère ou profonde associée à d'autres troubles, dont des troubles du comportement qui perturbent gravement la socialisation et nécessitent une surveillance constante »¹²⁹. Font partie de ces structures les maisons d'accueil spécialisées, les foyers d'accueil médicalisé.

42. Les maisons d'accueil spécialisées ont été créées par la loi du 30 juin 1975¹³⁰ d'orientation en faveur des personnes handicapées. Les MAS sont destinées à recevoir les personnes handicapées adultes n'ayant pu acquérir un minimum d'autonomie et dont l'état nécessite une surveillance médicale et des soins constants¹³¹. De manière plus précise, elles reçoivent « des personnes adultes qu'un handicap intellectuel, moteur ou somatique grave ou une association de handicaps intellectuels, moteurs ou sensoriels rendent incapables de se suffire à elles-mêmes dans les actes essentiels de l'existence et tributaires d'une surveillance médicale et de soins constants »¹³². Ces établissements assurent aux usagers l'hébergement, les soins médicaux et paramédicaux (ou correspondant à la vocation des établissements), les aides à la vie courante et les soins d'entretien nécessités par l'état de dépendance des personnes accueillies, des activités de vie sociale, en particulier d'occupation et d'animation, destinées notamment à préserver et améliorer les acquis et prévenir les régressions de ces

¹²⁹ CASF, art. D. 344-5-1.

¹³⁰ Loi n°75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des handicapés, JO du 1^{er} juillet 1975, p. 6596.

¹³¹ CASF, art. L. 344-1.

¹³² CASF, art. R. 344-1 al. 1.

personnes¹³³. Ils peuvent être autorisés à recevoir les personnes handicapées soit en accueil de jour permanent, soit en accueil temporaire.

43. Les foyers de vie ou « occupationnel » accueillent des personnes handicapées qui ne peuvent pas exercer d'activité professionnelle¹³⁴. D'une manière générale, les foyers de vie fonctionnent sur le mode de l'internat, alors que les foyers occupationnels permettent un accueil de jour.

44. Les foyers d'hébergement pour adulte handicapé sont des établissements sociaux car ils ne sont pas médicalisés. Ces foyers permettent un accueil des travailleurs handicapés le soir et le week-end¹³⁵.

45. Les foyers d'accueil médicalisés « accueillent des personnes adultes handicapées, quel que soit leur degré de handicap ou leur âge, ou des personnes atteintes de pathologies chroniques, qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ou bien qui leur assurent un accompagnement médico-social en milieu ouvert »¹³⁶. D'une manière générale, les foyers d'accueil médicalisés (ex. foyers à double tarification) fonctionnent sur le mode de l'internat et accueillent des personnes inaptes au travail¹³⁷.

46. Les Instituts thérapeutiques éducatifs et pédagogiques (ex. instituts de rééducation ou instituts de rééducation psychothérapeutique), accueillent des enfants et jeune adultes « *qui présentent des difficultés psychologiques dont l'expression, notamment l'intensité des troubles du comportement perturbe gravement la socialisation et l'accès à l'apprentissage* »¹³⁸. Les missions de ces instituts sont définies à l'article D. 312-59-2 du Code de l'action sociale et des familles. Ce type de structure offre une prise en charge pluridisciplinaire.

¹³³ CASF, art. R. 344-2.

¹³⁴ C. DELPECH, M. FRAYSSINET, M. GOUPIL [et al ...], *Les droits des personnes handicapées, guide pratique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2007, p. 407.

¹³⁵ C. DELPECH, M. FRAYSSINET, M. GOUPIL [et al ...], *Les droits des personnes handicapées, guide pratique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2007, p. 408.

¹³⁶ CASF, art. L. 312-1 7°.

¹³⁷ C. DELPECH, M. FRAYSSINET, M. GOUPIL [et al ...], *Les droits des personnes handicapées, guide pratique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2007, p. 411.

¹³⁸ CASF, art. D. 312-59-1.

2) Les établissements psychiatriques

47. Il existe en France des secteurs de psychiatrie générale et des secteurs de psychiatrie spécialisée. La nouvelle gouvernance¹³⁹ a transformé les secteurs en pôle.

La prise en charge de la maladie mentale est assurée dans des établissements psychiatriques. L'offre de soins psychiatrique est proposée par des établissements privés ou publics. La prise en charge peut se faire à temps complet ou non. Ainsi différentes structures sont amenées à intervenir dans le champ de la santé mentale.

48. Les centres médico-psychologiques sont des « *centres de prévention, de diagnostic et de soins des maladies mentales* »¹⁴⁰. Ils ont remplacé les dispensaires d'hygiène mentale. Les praticiens libéraux et les services de soins à domicile, permettent une prise en charge à l'extérieur de l'établissement spécialisé. En outre, il existe des structures rattachées au secteur psychiatrique, tels que les centres d'accueil thérapeutique à temps partiel, les ateliers thérapeutiques et les appartements thérapeutiques.

Les soins psychiatriques sont dérogatoires du droit commun car, sous réserve du respect des certaines conditions, ils sont possibles sans consentement. Ils sont donc strictement encadrés.

49. Cette approche rapide du trouble mental d'un point de vue juridique permet de mettre, d'ores et déjà en évidence, le fait que la personne atteinte de trouble mental est un sujet de droit particulier. En outre, elle a également permis de mettre en évidence le fait que le sujet de la présente étude n'est pas tant le trouble mental que la personne atteinte d'un tel trouble. Le droit protège la personne. Ainsi la problématique sur laquelle repose l'approche juridique du trouble mental est étroitement liée au concept d'humanité et par conséquent au principe de la dignité de la personne.

Les maladies mentales et déficiences intellectuelles ont des incidences sur la perception de la réalité, la conscience et/ou les capacités intellectuelles de la personne. Le trouble mental

¹³⁹Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, JO du 22 juillet 2009, p. 12184.

¹⁴⁰J. THUILLIER, *La folie. Histoire et dictionnaire*, Ed. Robert LAFONT, coll. BOUQUINS, 1996, p. 480.

a donc nécessairement des conséquences sur la capacité de vouloir ou de décider. En outre, il rend ces personnes vulnérables. Le droit a donc mis en place divers mécanismes de protection permettant d'assurer la protection de la personne que ce soit au niveau de sa dignité (Partie 1) ou de sa volonté (Partie 2)

PARTIE 1 : LA PROTECTION DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

50. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'Organisation des nations unies a adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dès le préambule considère que « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la paix dans le monde* »¹⁴¹. L'article 1^{er} de cette déclaration affirme le principe d'égalité en dignité et en droits de tous les êtres humains.

La loi du 29 juillet 1994¹⁴² a inscrit le principe de dignité de la personne humaine dans l'article 16 du Code civil qui dispose « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». Faisant l'analyse de cet article, qui est le premier du chapitre intitulé « du respect du corps humain », le Professeur Bertrand MATHIEU montre que « *Ces trois affirmations juxtaposées peuvent, en fait, se lire de la manière suivante : la primauté de la personne est fondée sur la reconnaissance de sa dignité et la dignité de la personne implique le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* »¹⁴³. En 1994, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe du respect de la dignité de la personne humaine est un principe à valeur constitutionnelle¹⁴⁴.

Il convient de préciser que la dignité est un concept objectif¹⁴⁵. En effet, le consentement de la « victime » de l'atteinte à la dignité ne la justifie pas. Dans la célèbre affaire du lancer de nain, le Conseil d'Etat a considéré que l'activité « *consistant à faire lancer un nain par des spectateurs, conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle et que, par son objet même, une telle attraction porte*

¹⁴¹ Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948.

¹⁴² Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JO du 30 juillet 1994, p. 11056.

¹⁴³ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2^{ème} éd., 2009, p. 575, n°465.

¹⁴⁴ DC n° 93-343/344 du 24 juillet 1994 sur la loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, note B. MATHIEU, RFDA 1994, p. 1019.

¹⁴⁵ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2^{ème} éd., 2009, p. 579, n°469 ; K. MOREL, *La dignité du patient à l'épreuve du droit privé*, thèse de doctorat de droit, soutenue le 18 décembre 2007 à Montpellier, p. 78.

atteinte à la dignité de la personne humaine »¹⁴⁶. En acceptant de participer à cette attraction, la personne a porté atteinte à la part d'humanité qu'elle portait en elle. Le principe du respect de la dignité revêt ainsi une dimension collective¹⁴⁷.

Le principe du respect de la dignité de la personne humaine est un principe « matriciel »¹⁴⁸, dans le sens où il est le fondement de divers principes tels que : la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de patrimonialité du corps humain, ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine¹⁴⁹. Le principe permet ainsi d'assurer une protection objective et dans une certaine mesure subjective¹⁵⁰. Le principe du respect de la dignité permet une protection du corps mais également de la personne.

51. Le fait de distinguer la protection du corps de la protection de la personne conduit à se demander s'il est possible de dissocier ces deux éléments.

Descartes retient une conception dualiste. Il écrit « *Et partant, de cela même que je connais avec certitude que j'existe, et que cependant je ne remarque point qu'il appartient nécessairement aucune autre chose à ma nature ou à mon essence, sinon que je suis une chose qui pense, je conclus fort bien que mon essence consiste en cela seule que je suis une chose qui pense, ou une substance dont toute l'essence ou la nature n'est que de penser. Et quoique peut-être (ou plutôt certainement comme je dirai tantôt) j'aie un corps auquel je suis étroitement conjoint ; néanmoins, pour ce que d'un côté j'aie une claire et distincte idée de moi-même, en tant que je suis seulement une chose qui pense et non étendue, et que d'un autre j'ai une idée distincte du corps, en tant qu'il est seulement une chose étendue et qui ne pense point, il est certain que ce moi, c'est-à-dire mon âme par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement et véritablement distincte de mon corps, et qu'elle peut être ou exister sans lui* »¹⁵¹. A l'inverse, Aristote adopte une conception moniste. Selon lui « *l'âme n'est pas séparable du corps puisqu'elle a des parties qui ne le sont pas, si tant est que la nature l'ait*

¹⁴⁶ CE, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. 372, concl. FRYDMAN.

¹⁴⁷ D. DREYER, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730.

¹⁴⁸ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », D. 1995, *chron.* p. 211.

¹⁴⁹ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2^{ème} éd., 2009, p. 578, n°467.

¹⁵⁰ K. MOREL, *La dignité du patient à l'épreuve du droit privé*, thèse de doctorat de droit, soutenue le 18 décembre 2007 à Montpellier, (partie 2).

¹⁵¹ (nous soulignons)

R. DESCARTES, *Méditations Métaphysiques*, (1637), Editions 10/18, 1996, p. 251 (nous soulignons).

fait morcelable. Car en certaines parties, elle est réalisation des parties même du corps. Mais, bien évidemment, en certaines autres parties, rien n'empêche la séparation, parce qu'elles ne sont réalisations d'aucun corps »¹⁵² et c'est « plutôt l'âme qui assure la cohésion du corps, puisque, lorsqu'elle s'en est allée, il se dissipe et se putréfie »¹⁵³.

La majorité de la doctrine française adopte une conception moniste. Ainsi, Gérard CORNU relève que *«le propre de la personne physique est d'être, inséparablement, chair et esprit »¹⁵⁴*. Dominique THOUVENIN considère que *«si les énoncés des nouveaux articles du code civil hésitent entre la personne et le corps, c'est bien parce que toucher au corps, c'est toucher à la personne même, ce qui se traduit par l'affirmation de l'inviolabilité du corps humain. Cette personne n'est pas seulement un concept abstrait, elle est en quelque sorte incarnée »¹⁵⁵*. Selon Alain SERIAUX, *« l'être est un tout, corps et âme indissolument »¹⁵⁶*

En revanche, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ adopte une conception dualiste. Selon elle, le corps et la personne sont liés par une union fondamentale *« mais il manque les outils juridiques permettant concrètement de préserver cette union »¹⁵⁷*

Le principe visant à protéger la dignité de la personne, protège inévitablement la personne elle-même. Cependant, dans la mesure où l'article 16 du Code civil se situe dans un chapitre relatif au corps humain, le principe du respect de la dignité a vocation à s'appliquer également et de manière spécifique au corps humain¹⁵⁸. Le principe du respect de la dignité permet de protéger tant le corps (Titre 1) que la personne (Titre 2)

¹⁵² Aristote, *De Anima* II, 2, 413 a 3-7.

¹⁵³ Aristote, *De Anima* I, 5, 411 b 6-14.

¹⁵⁴ G. CORNU., *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12ème éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 2005, p.168.

¹⁵⁵ D. THOUVENIN, « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », LPA 14 décembre 1994, n° 149, p. 27.

¹⁵⁶ A. SERIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, Sous dir. A. SERIAUX, C. NEIRINCK, C. LABRUSSE-RIOU « et al. », PUAM, collection du Laboratoire de Théorie Juridique, 1996, p. 157.

¹⁵⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préface E. PICARD, L'harmattan, coll. logiques juridiques, 2004, p. 71.

¹⁵⁸ K. MOREL, *La dignité du patient à l'épreuve du droit privé*, thèse de doctorat de droit, soutenue le 18 décembre 2007 à Montpellier, p. 37 et s.

TITRE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

52. Deux principes fondamentaux assurent la protection du corps : le principe d'indisponibilité du corps humain et le principe d'inviolabilité du corps humain. L'article 16-1 du Code civil dispose « *chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

Le principe d'indisponibilité du corps humain a été créé par la doctrine¹⁵⁹, et a été affirmé par la jurisprudence¹⁶⁰ à l'occasion de la condamnation de la maternité de substitution, mais il n'a jamais été consacré par le législateur. En effet, il ne figure pas explicitement dans l'article 1128 du Code civil, considéré généralement par la doctrine comme son fondement. En outre, le troisième alinéa de l'article 16-1 du Code civil se contente d'affirmer le principe de non patrimonialité du corps humain¹⁶¹. Le principe n'a donc pas été affirmé par le législateur en 1994¹⁶², ni ultérieurement. Il convient de relever que ce principe connaît certaines exceptions¹⁶³.

Le principe d'inviolabilité du corps humain, qui correspond à l'adage « *Noli me tangere* », est explicitement consacré par l'article 16-1 du Code civil. Le consentement de la victime ne fait

¹⁵⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. E. PICARD, texte remanié d'une thèse de doctorat de droit, soutenue 4 janvier 2000 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, L'harmattan, collection logiques juridiques, 2004 ; A. SERIAUX, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », In *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, Sous direction A. SERIAUX, C. NEIRINCK, C. LABRUSSE-RIOU « et al. », PUAM, collection du Laboratoire de Théorie Juridique, 1996, p. 147.

¹⁶⁰ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, D. 1991, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, JCP G. 1991, II 21752 comm. J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRE ; Défrénois 1991, p. 948, obs. J. MASSIP.

¹⁶¹ J. PENNEAU, Enc. Dalloz Rép. Civil, V° Corps Humain n° 36 et s.

¹⁶² Cette absence est volontaire car certains travaux préparatoires de la loi préoyaient que le principe d'indisponibilité devait être proclamé. Voir par exemple rapport J.-F. MATTEI, « l'indisponibilité du corps humain doit indiscutablement être affirmé par la loi. » (Rapport : *La vie en question : pour une éthique biomédicale*, La documentation française, 1994, coll. Rapports officiels, p. 140). En outre, le projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 25 novembre 1992 énonçait que « chaque être humain a droit au respect de son corps. La loi garantit l'invocabilité et l'indisponibilité du corps humain aux fins d'assurer la dignité de la personne. » (JO AN 1992, Impressions, Projet de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil. Lors du vote devant le Sénat, le principe de non-patrimonialité a été préféré à celui d'indisponibilité).

¹⁶³ C. LOMBOIS, « La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), PUF, publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 57-71.

pas disparaître l'atteinte à l'intégrité corporelle¹⁶⁴. Une telle atteinte est subordonnée à une nécessité médicale¹⁶⁵.

53. Par ailleurs, l'article 16-3 du Code civil dispose « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Une personne atteinte de troubles mentaux peut ne pas être capable de consentir à l'acte. Lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté, il n'y a pas de consentement à proprement parler. La loi du 4 mars 2002¹⁶⁶ a tenu compte de la situation dans laquelle il est impossible au patient de consentir, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve hors d'état de manifester sa volonté.

Le Code de la santé publique tient compte de la situation de la personne hors d'état de manifester sa volonté et qui ne bénéficie pas d'une mesure de protection. La personne souffrant de troubles mentaux peut être considérée comme hors d'état d'exprimer sa volonté lorsque le trouble l'empêche de vouloir ou de formuler une pensée cohérente. Elle peut se trouver dans une telle situation de manière permanente ou épisodique selon la nature et la gravité du trouble.

Lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté, son consentement à l'acte médical est impossible. Avant toute décision d'intervention ou d'investigation, sauf urgence ou impossibilité, le médecin doit consulter la personne de confiance, ou la famille, ou à défaut, un des proches de la personne hors d'état de manifester sa volonté¹⁶⁷. La décision revient au médecin mais celui-ci doit consulter d'autres personnes. En outre, avant de prendre la décision d'arrêter ou de limiter un traitement susceptible de mettre la vie de la personne hors d'état de manifester sa volonté en danger, le médecin doit respecter la procédure collégiale et consulter la personne de confiance ou la famille, ou à défaut les proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne¹⁶⁸. Dans le cadre de la fin de vie, la décision d'arrêt ou de limitation de traitement inutile, disproportionné ou n'ayant

¹⁶⁴ D. ROMAN, « « A corps défendant », la protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, p. 1284.

¹⁶⁵ C. civ., art. 16-3.

¹⁶⁶ La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

¹⁶⁷ CSP, art. L. 1111-4 al. 4.

¹⁶⁸ CSP, art. L. 1111-4 al. 5.

d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, est subordonnée au respect de la procédure collégiale et à la consultation de la personne de confiance, la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne¹⁶⁹. Dans le cadre de la fin de vie, l'avis de la personne de confiance prévaut sur tous les autres avis non médicaux, sauf sur les directives anticipées¹⁷⁰.

Ces dispositions ne sont applicables qu'en l'absence de mesure de protection¹⁷¹. Lorsque la personne bénéficie d'une mesure de protection, le législateur a mis en place un système assurant le consentement de la personne protégée, que ce soit de manière directe ou par représentation. Il convient donc de s'intéresser à la protection du corps du majeur protégé (Chapitre 1). En outre, le législateur en santé mentale a mis en place des dispositions spécifiques et protectrices du corps de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques (Chapitre 2).

¹⁶⁹ CSP, art. L. 1111-13.

¹⁷⁰ CSP, art. L. 1111-12

Sur la question de la hiérarchie entre les avis non médicaux, voir infra n° 594

¹⁷¹ D. BERTHAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 158.

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DU MAJEUR PROTEGE

54. Le majeur protégé est une personne qui bénéficie d'une mesure de protection juridique régie par le Code civil. L'ouverture d'une mesure de protection étant subordonnée à l'altération des facultés mentales, le majeur protégé est une personne vulnérable. Dès lors qu'il s'agit d'une personne vulnérable, il semble normal que le Code de la santé publique assure une protection particulière contre les atteintes qui pourraient être portées au corps.

De nombreuses dispositions du Code de la santé publique prévoient des dispositions spécifiques au majeur protégé, que ce soit en matière d'acte thérapeutique (Section 1) ou non thérapeutique (Section 2).

Section 1 : La protection du corps du majeur protégé à l'occasion d'actes médicaux thérapeutiques

55. Depuis l'arrêt Mercier¹⁷², la jurisprudence retient l'existence d'un contrat entre le médecin et son patient *« comportant pour le praticien l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science »*. La violation de ce contrat entraîne la responsabilité contractuelle. La doctrine distingue entre consentement au contrat médical et consentement à l'atteinte à l'intégrité physique¹⁷³. La violation de l'obligation de recueillir le consentement à l'atteinte corporelle est sanctionnée par une action en responsabilité civile. Il pourrait être envisageable de fonder la réparation de l'absence de consentement à l'acte non pas sur la violation d'une obligation du médecin mais sur le non-respect du droit de la personnalité que serait le droit au respect du corps¹⁷⁴. Toutefois, en l'absence de

¹⁷²Cass. civ., 20 mai 1936, DP 1936, I, p. 88, concl. P. MATTER, rapp. L. JOSSERAND, note J. P. ; S 1937, I, p. 321, note A. BRETON ; RTD civ. 1936 ; p. 691, obs. R. DEMOGUE ; GAJC n° 98.

¹⁷³M. GIRER, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, LEH, coll. Thèses, 2008, n° 295, p. 266 ; L. GUIGNARD, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », RJJ 2000, p. 45, n° 12 ; Cl. NEIRINCK, « Le consentement à l'acte médical, analyse juridique », in *L'acte médical et les droits du malade*, sous dir. Cl. NEIRINCK, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. Droit et médecine, 1996, p. 94.

¹⁷⁴L. GUIGNARD, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », RJJ 2000, p. 45, n° 37 ; E.-H. PERREAU, *Éléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, préf. Dr. L. LANDE, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1908, p. 271.

reconnaissance jurisprudentielle de ce droit de la personnalité, l'hypothèse reste théorique. Il serait d'ailleurs possible de considérer que l'absence de sanction de la méconnaissance de l'exigence du consentement en tant que droit de la personnalité serait la preuve de l'inexistence de celui-ci.

56. Le législateur de 1968¹⁷⁵ n'ayant pas posé de règles spécifiques aux actes médicaux, il est revenu à la jurisprudence et à la doctrine de préciser le régime. Le contrat médical étant une convention, sa conclusion doit respecter les règles relatives à la validité du contrat. La personne qui conclut le contrat médical doit donc être capable. Ce contrat ayant un caractère personnel, le régime applicable aux actes juridiques en matière patrimoniale a été aménagé pour laisser une place au consentement du majeur protégé lucide qu'il s'agisse du contrat médical ou de l'assentiment à l'acte¹⁷⁶. Le majeur sous sauvegarde de justice peut consentir seul. La capacité du majeur sous curatelle ou tutelle dépend de la gravité de l'acte envisagé¹⁷⁷. Une distinction est faite entre les actes médicaux courants (ou usuels) et ceux comportant des risques. Pour les actes médicaux courants, le consentement est donné par le majeur sous curatelle ou par le tuteur. Pour les actes graves, le majeur sous curatelle doit être assisté du curateur, tandis que le tuteur doit obtenir l'autorisation du Conseil de famille ou du juge des tutelles. En toute hypothèse, le consentement de la personne protégée doit être recherché¹⁷⁸. *« La représentation de l'incapable ne saurait aboutir à un véritable gouvernement de l'incapable et le consentement de ce dernier doit être recueilli dès lors que le majeur protégé est dans la capacité physique de le donner »*¹⁷⁹. Il convient de relever qu'en cas d'urgence, le médecin est autorisé à délivrer les soins sans avoir recueilli le consentement des personnes assurant la protection du majeur¹⁸⁰.

57. La loi du 4 mars 2002¹⁸¹ est venue réglementer de manière expresse le consentement aux actes médicaux. Les dispositions relatives au consentement à l'acte médical sont

¹⁷⁵ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO du 4 janvier 1968, p. 114.

¹⁷⁶ Th. FOSSIER et M. HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RDSS 1991, p. 7.

¹⁷⁷ D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 152 ; Th. FOSSIER et M. HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RDSS 1991, p. 8 ; G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, LEH, 4^{ème} éd., 2010, p. 353, n° 464.

¹⁷⁸ CSP, art. R. 4127-36. (ancien article 36 du Code de déontologie médicale)

¹⁷⁹ Th. FOSSIER et M. HARICHAUX, « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RDSS 1991, p. 8.

¹⁸⁰ CSP, art. R. 4127-42. (ancien article 42 du Code de déontologie médicale)

¹⁸¹ La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

contenues dans le Code de la santé publique (§ 1). La loi du 5 mars 2007¹⁸² ayant prévu des dispositions relatives aux effets des mesures de tutelle et de curatelle sur la protection de la personne¹⁸³, il convient de s'intéresser à la combinaison entre les deux corps de règles (§ 2).

Paragraphe 1 : Les règles du Code de la santé publique régissant le consentement aux soins du majeur protégé

58. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. (...) Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. (...) Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. (...)* ».

59. Le consentement devant être libre et éclairé, le législateur de 2002 a consacré l'obligation d'information¹⁸⁴ mise à la charge des professionnels de santé. Le devoir d'information du médecin trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹⁸⁵. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique prévoit l'obligation d'information du patient. Celle-ci porte sur « *les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». S'agissant des majeurs protégés, il prévoit dans son cinquième alinéa que « *les droits (...) des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, (...) par le tuteur* », que ce dernier reçoit l'information et que

¹⁸² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO du 7 mars 2007, p. 4325.

¹⁸³ Pour une étude globale sur la protection de la personne du majeur protégé voir infra n° 308 et s.

¹⁸⁴ Cass. req., 28 janvier 1942, Teyssier, Gaz. Pal. 28 janvier 1942. Cet arrêt consacre l'obligation d'information à la charge du médecin.

¹⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; JCP 2002, II 10045, note O. CACHARD ; LPA, 6 décembre 2001, n° 243, note C. CLEMENT ; LPA, 13 mars 2002, n° 52, note F. MARMOZ.

« les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée (...) à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle ». Par ailleurs, le consentement est révocable¹⁸⁶.

60. Force est de constater que ces dispositions du Code de la santé publique n'envisagent que le cas du majeur sous tutelle. Il convient donc de distinguer entre la situation du majeur sous curatelle ou sauvegarde de justice (I) et celle du majeur sous tutelle (II).

I- L'acte médical du majeur sous sauvegarde de justice et curatelle

61. Les articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du Code de la santé publique ne mentionnent pas le majeur sous sauvegarde de justice ni le majeur sous curatelle. Face à ce constat deux solutions sont possibles : l'une consiste à appliquer le droit commun du droit de la santé, l'autre à appliquer le droit civil¹⁸⁷.

62. L'application du droit commun du droit de la santé conduit à considérer que le majeur sous curatelle ou tutelle est intégré dans la notion de « toute personne » et qu'il doit par conséquent consentir à l'acte médical et recevoir l'information. Plusieurs éléments permettraient de retenir cette solution. Tout d'abord, le législateur n'a prévu une disposition spéciale que pour le mineur ou le majeur sous tutelle. En application de l'adage *Ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, il y a lieu de considérer que comme toute personne, le majeur sous curatelle ou sauvegarde de justice doit consentir. Ensuite, il est possible de penser que les actes médicaux sont des actes spéciaux. Par conséquent, les dispositions du Code de la santé publique seraient dérogatoires par rapport au droit commun de la protection des majeurs instituée par le Code civil. Enfin, cette solution est celle qui respecte le plus le principe d'autonomie de la personne.

63. L'application du droit civil conduirait à maintenir l'application de la jurisprudence antérieure qui permet au majeur sous sauvegarde de justice de consentir à tous les actes et qui permet au majeur sous curatelle de consentir seul aux actes usuels mais avec l'assistance

¹⁸⁶ CSP, art. L. 1111-4 al. 3.

¹⁸⁷ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2005, p. 1242, n° 1227.

du curateur pour les actes graves. Plusieurs arguments permettent de retenir cette solution. Tout d'abord, dans les travaux préparatoires, la notion de tutelle semble renvoyer aux « incapables majeurs »¹⁸⁸. Ainsi, le législateur en santé publique semble méconnaître les subtilités du droit des incapacités. En outre, il est possible de retenir une conception unitaire de la protection des majeurs, et ainsi considérer que les dispositions du Code de la santé publique ne sont pas autonomes par rapport à celles du Code civil.

64. C'est cette seconde analyse qui prévaut dans la doctrine majoritaire¹⁸⁹. Toutefois, les arguments avancés pour justifier cette solution admettent des limites. D'une part, le législateur en santé publique connaît l'existence de l'ensemble des mesures de protection puisque certaines dispositions spéciales du Code de la santé publique mentionnent le majeur sous sauvegarde de justice¹⁹⁰. et/ou le majeur sous curatelle¹⁹¹, de tuteur¹⁹² ou de représentant légal¹⁹³ et que d'autres utilisent l'expression mesure de protection légale¹⁹⁴. D'ailleurs, l'article L. 1241-4 du Code de la santé publique distingue bien l'ensemble des mesures de protection. D'autre part, l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique est dérogatoire au droit commun de la protection des personnes sous tutelle. En effet, cet article ne prévoit pas l'autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de famille pour les actes graves. En tant que disposition dérogatoire, elle pourrait être autonome du droit civil.

II- L'acte médical du majeur sous tutelle

¹⁸⁸ Rapport n° 3263 de MM. Cl. EVIN, B. CHARLES et J.-J. DENIS, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258).

¹⁸⁹ G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, LEH, 4^{ème} éd., 2010, p. 353, n° 464 ; A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2009, p. 359, n° 333.

¹⁹⁰ L'article L. 1122-2 du Code de la santé publique interdit les recherches biomédicales sur personnes sous sauvegarde de justice.

CSP, art. L. 1241-4 (prélèvement de moelle osseuse)

¹⁹¹ CSP, art. L. 1122-2 (recherche biomédicale), L. 1241-4 (prélèvement de moelle osseuse), L. 1213-2 (stérilisation), L. 1241-11 (assistance médicale à la procréation), R. 4127-37 (fin de vie).

¹⁹² CSP, art. L. 1211-2 (utilisation des prélèvements d'éléments du corps humains), L. 1241-4 (prélèvement de moelle osseuse), L. 1245-2 (prélèvement à occasion opération chirurgicale), L. 1213-2 (stérilisation).

¹⁹³ CSP, art. L. 1213-2 (stérilisation), L. 3211-1 s. (hospitalisation psychiatrique)

¹⁹⁴ CSP, art. L. 1121-8 (recherche biomédicale), L. 1231-2 (prélèvements d'organes), L. 1241-2 (prélèvements de tissus, cellules ou produits du corps humain), L. 1241-4 (prélèvement de moelle osseuse), L. 1241-5 (prélèvement des tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux),

65. S'agissant du consentement à l'acte médical du majeur sous tutelle, le Code de la santé publique ne prévoit pas expressément le consentement du tuteur. Il envisage les conséquences du refus du tuteur¹⁹⁵. Par conséquent, le consentement du tuteur à l'acte médical est prévu de manière implicite¹⁹⁶. Cette interprétation du texte est confirmée par les dispositions réglementaires relatives au Code de déontologie médicale qui prévoit que le médecin doit s'efforcer de prévenir le représentant légal du patient et d'obtenir son consentement¹⁹⁷.

66. Si le consentement du tuteur est en principe nécessaire, il n'est pas pour autant suffisant¹⁹⁸. En effet, outre le consentement du tuteur, le consentement du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision¹⁹⁹.

67. Par ailleurs, dans un souci de protection du patient, il est prévu que le médecin doit délivrer les soins indispensables si le refus du tuteur risque d'entraîner des conséquences graves²⁰⁰.

68. Pour le majeur sous tutelle, le droit à l'information est exercé par le tuteur²⁰¹. Toutefois, il a le droit de recevoir une information adaptée à ses facultés de discernement et de participer à la décision²⁰².

Paragraphe 2 : La conjugaison des règles du Code de la santé publique avec celles du Code civil

¹⁹⁵ CSP, art. L. 1111-4 al. 6.

¹⁹⁶ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2005, p. 1242, n° 1227.

¹⁹⁷ CSP, art. R. 4127-42

¹⁹⁸ F. ARBELLOT, *Droit des tutelles : protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2007, p. 437, n° 84-102 ; D. BERTHIAU, « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé », *Médecine & Droit* 2006, p.59.

¹⁹⁹ CSP, art. L. 1111-4 al. 6 et R. 4127-36.

²⁰⁰ CSP, art. L. 1111-4 al. 6.

²⁰¹ CSP, art. L. 1111-2 al. 5.

²⁰² CSP, art.L. 1111-2 al. 5.

69. L'article 459 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007 pose le principe selon lequel la personne protégée prend seule les décisions concernant sa personne dans la mesure où son état le permet. Par exception, si l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge des tutelles peut décider d'une assistance ou d'une représentation par la personne chargée de sa protection²⁰³. En outre, hormis en cas d'urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut prendre de décision ayant pour effet de porter atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée, sans y avoir été préalablement autorisée par le juge des tutelles²⁰⁴.

70. Divers articles du Code de la santé publique sont spécifiques ou contiennent des dispositions propres aux personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale²⁰⁵. Ces dispositions relatives aux actes médicaux sont, soit générales, soit spéciales, c'est-à-dire afférentes à un acte particulier. Elles feront l'objet d'une étude détaillée dans les prochains développements.

71. Il convient donc de poser la question de l'articulation des dispositions du Code de la santé publique et celles du Code civil. Le Code de la santé publique prévoyant des dispositions spéciales et le Code civil des dispositions générales, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, les premières doivent être appliquées. La question de l'articulation entre les dispositions de ces corpus normatifs est résolue par l'article 459-1 du Code civil qui dispose dans son premier alinéa : « *l'application de la présente sous-section ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention du représentant légal* ». Toutefois, il convient de s'interroger sur la portée de l'expression « *ne peut avoir pour effet de déroger* »²⁰⁶. Le Code de la santé publique a-t-il vocation à s'appliquer seul²⁰⁷ ou doit-il être combiné avec les dispositions du Code civil ? Pour répondre à cette question,

²⁰³ C. civ., art. 459 alinéa 2.

²⁰⁴ C. civ., art. 459 alinéa 3 du Code civil (ancien alinéa 4 devenu alinéa 3 : art. 116-III, 2° de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO du 13 mai 2009, p. 7920.)

²⁰⁵ Par exemple : art. L. 1111-2, L. 1111-4, L. 1121-8, L. 1211-2, L. 1231-2, L. 1241-2, L. 1245-2, L. 1241-4, L. 1241-5, L. 1213-2, L. 1241-11.

²⁰⁶ Th. VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note sous TGI Nice 4 février 2009, D. 2009, p. 1398.

²⁰⁷ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p. 358, n° 431.

deux situations doivent être distinguées selon qu'il existe (II) ou non (I) une mesure de protection en matière personnelle.

I- La combinaison des dispositions en l'absence de mesure de protection en matière personnelle

72. Lorsque le juge des tutelles n'a prévu aucune mesure de protection en matière personnelle, le majeur protégé est seul compétent en principe pour décider²⁰⁸. Toutefois, l'acte médical étant un acte extrapatrimonial particulier, il convient d'appliquer le droit spécial prévu par le Code de la santé publique²⁰⁹. Par conséquent, lorsque le juge des tutelles n'a pas confié au tuteur une mission en matière personnelle, le tuteur consent seul à l'acte médical quelle que soit la gravité de l'acte envisagé. Il convient de relever que c'est la solution retenue par le tribunal d'instance de Nice dans son jugement du 4 février 2009²¹⁰. Dans ce dernier, après avoir rappelé dans l'attendu de principe « *qu'en application de l'article 459 du code civil, à défaut de mesure de protection à la personne, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne y compris les décisions portant gravement atteinte à son intégrité corporelle ou à l'intimité de sa vie privée, dans la mesure où son état le permet ; qu'en outre, l'article 459-1 du code civil rappelle que les dispositions susvisées ne peuvent avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique et le code de l'action sociale et des familles prévoyant l'intervention du représentant légal* », le tribunal d'instance a jugé en l'espèce « *qu'aucune décision spéciale du juge des tutelles n'est intervenue pour prévoir l'assistance ou la représentation de la majeure protégée dans les actes touchant à sa personne, que dès lors, Mme X... peut prendre seule sans assistance ni représentation la décision (...), que dès lors les articles L. 1111-2 et suivants du code de la santé publique prévoyant l'intervention du seul représentant légal du majeur sous tutelle doivent s'appliquer en l'espèce ; qu'il n'y a pas lieu à autorisation du juge des tutelles.* » L'intervention du tuteur est donc la solution à retenir même si elle est contraire à l'esprit de la réforme de la protection des majeurs. En matière médicale, le tuteur se voit confier une mission de protection de la personne même si le juge des tutelles

²⁰⁸ C. civ., art. 459 al. 1.

²⁰⁹ O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, p. 124, n° 126.

²¹⁰ TGI Nice 4 février 2009, D. 2009, p. 1397, note Th. VERHEYDE.

ne l'a pas prévue. Ceci peut paraître d'autant plus regrettable que le Code de la santé publique prévoit des dispositions relatives au consentement de la personne hors d'état de manifester sa volonté qui aurait pu bénéficier au majeur sous tutelle non protégé en matière personnelle lorsque son état ne lui permet pas de décider.

73. La situation du majeur sous tutelle a donc été réglée par ce jugement. La question du consentement à l'acte médical du majeur sous curatelle n'a pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire. Toutefois, il est possible d'essayer d'établir la solution la plus plausible. En l'absence de décision du juge des tutelles en matière personnelle, il convient d'appliquer le Code de la santé publique. Ce dernier ne prévoit pas l'assistance du curateur pour les soins thérapeutiques. Par conséquent, le majeur sous curatelle doit décider seul. Au demeurant, même en admettant que seule la disposition relative au majeur sous tutelle serait dérogatoire du droit commun de la protection des majeurs, il convient d'observer que l'application de ce droit commun (civil) permet d'obtenir le même résultat. En effet, dans la mesure où aucune décision spéciale n'a été prise en matière personnelle, le majeur sous curatelle prend seul l'ensemble des décisions dans ce domaine. Ainsi, la combinaison des dispositions des deux Codes conduirait à modifier la solution traditionnelle retenue par la doctrine. Il convient de relever que c'est la solution retenue dans la circulaire d'application de la réforme de la protection juridique des mineurs et des majeurs²¹¹. La seule question qui reste en suspens, est celle de savoir si en l'absence d'une décision de protection en matière personnelle, le curateur a le pouvoir d'accomplir les actes nécessaires pour mettre fin au danger que le comportement du majeur protégé lui fait courir²¹². Il est nécessaire d'attendre une décision judiciaire pour avoir une réponse certaine²¹³.

II- La combinaison des dispositions en présence d'une mesure de protection en matière personnelle

74. Lorsque le juge a prévu une mesure de protection de la personne en matière personnelle, il importe de se demander quelle est la portée du terme dérogatoire. Les

²¹¹ DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, BO du ministère de la justice, p. 26.

²¹² C. civ. art. 459 al. 4.

²¹³ Sur la question des deux réponses possibles, voir infra n° 537.

dispositions du Code de la santé publique doivent-elles s'appliquer de manière autonome, ou doivent-elles être combinées à celles du Code civil ? Le tribunal d'instance de Nice dans son jugement du 4 février 2009 n'a pas exclu la possibilité d'une combinaison²¹⁴. En effet, il n'a pas rejeté l'application d'une règle du droit civil uniquement parce qu'il existait une règle spéciale qui y dérogeait mais parce que cette règle n'était pas applicable. L'acte médical en cause n'avait pas besoin d'être autorisé par le juge des tutelles non parce que le Code de la santé publique ne prévoyait pas une telle autorisation mais parce qu'aucune mesure de protection en matière personnelle n'avait été prise et qu'il ne s'agissait pas d'un acte grave. De manière implicite, le jugement du tribunal de Nice admet qu'une combinaison puisse être possible.

75. D'une part, lorsque le Code de la santé publique ne prévoit pas de dispositions spécifiques, il convient d'appliquer la protection instaurée par le droit civil²¹⁵. Cette solution permet de garantir la protection de la personne. Ainsi, en matière d'actes thérapeutiques, le majeur sous sauvegarde de justice décide seul. Le majeur sous curatelle est assisté de son curateur si le juge des tutelles lui a confié une mission d'assistance. En outre, pour les actes graves portant atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée, le curateur doit, sauf urgence, être autorisé par le juge des tutelles²¹⁶. Par ailleurs, en présence d'un mandat de protection future, le mandataire peut représenter le mandant dans la décision médicale, si cette mission est prévue dans le mandat et si l'état du mandant ne lui permet pas de prendre la décision lui-même²¹⁷.

76. D'autre part, lorsque le Code de la santé publique prévoit une disposition spécifique, il est possible de l'appliquer de manière exclusive²¹⁸ ou de la combiner avec les dispositions du Code civil. Concrètement, pour les actes médicaux thérapeutiques, soit le tuteur décide seul en application des dispositions du Code de la santé publique, soit il a besoin de l'autorisation du juge des tutelles lorsque l'acte porte gravement atteinte à l'intégrité de la

²¹⁴ VERHEYDE Th., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note sous TI Nice, 4 février 2009, D. 2009, p. 1399.

²¹⁵ F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RDSS 2009, p. 875.

²¹⁶ Voir les développements sur l'applicabilité de l'article 459 al. 3 au curateur, infra n° 537

²¹⁷ Voir les développements sur le mandat de protection future infra n° 314, 328, 528 et 577.

²¹⁸ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p. 358, n° 431.

personne ou à sa vie privée. Une interprétation *a contrario* du jugement rendu par le tribunal d'instance de Nice le 4 février 2009, laisse penser que si une décision spéciale avait été prise en matière personnelle, la décision du tuteur sur un acte grave aurait nécessité l'autorisation du juge des tutelles. Certains juges préfèrent appliquer les dispositions spéciales du Code de la santé publique sans les adapter à celles du Code civil²¹⁹. Ils appliquent ainsi strictement l'adage *specialia generalibus derogant*. D'autres préfèrent appliquer la règle la plus protectrice lorsqu'elle n'est pas incompatible avec la disposition spéciale du Code de la santé publique. La circulaire d'application de la réforme de protection juridique des majeurs et des mineurs, exige l'autorisation du juge des tutelles même pour les actes médicaux²²⁰. Ainsi il convient de retenir une adaptation des règles du Code de la santé publique lorsqu'elles permettent une meilleure protection de la personne protégée.

Par conséquent le médecin doit examiner le jugement d'ouverture de la mesure de protection juridique pour voir les dispositions prévues en matière personnelle.

77. Par ailleurs, il convient d'observer que le législateur a tenu compte de la situation dans laquelle la mesure de protection a été confiée à un établissement de santé, sociale ou médico-social. En effet, en présence d'un protecteur institutionnel, le juge des tutelles peut désigner un subrogé tuteur ou curateur ou, nommer un protecteur ad hoc²²¹. Ces derniers devront prendre les décisions ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée, ou accomplir au bénéfice de la personne protégée, une diligence ou un acte pour lequel le code de la santé publique prévoit l'intervention du juge.

Le droit assure donc la protection du corps du majeur protégé à l'occasion d'actes médicaux thérapeutiques. Il l'assure également pour les actes médicaux non thérapeutiques.

²¹⁹ V. VERHEYDE Th., « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note sous TI Nice, 4 février 2009, D. 2009, p. 1400.

²²⁰ DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, BO du ministère de la justice, p. 25.

²²¹ C. civ., art.459 al. 1.

Section 2 : La protection du corps du majeur protégé à l'occasion d'actes médicaux non thérapeutiques

Plusieurs dispositions du Code de la santé publique relatives à des actes non thérapeutiques, font référence ou sont spécifiques aux majeurs protégés. Il convient d'observer qu'une protection particulière du corps du majeur protégé est prévue en matière de prélèvement (§1), de recherche biomédicale (§2) et d'actes relatifs à la procréation (§3).

Paragraphe 1 : Les prélèvements effectués sur le majeur protégé

78. Par principe les prélèvements en vue d'un don sur personne vivante faisant l'objet d'une mesure de protection légale sont interdits et cela qu'il s'agisse de prélèvement d'organes²²² ou de tissus, cellules ou produits du corps humain²²³. De tels prélèvements sont possibles, sous réserve du respect de certaines conditions²²⁴, sur une personne vivante qui ne fait pas l'objet d'une mesure de protection. Cette possibilité est encadrée par une procédure protectrice du donneur²²⁵. Grace au principe d'interdiction, la personne faisant l'objet d'une mesure de protection est mieux protégée que les autres majeurs.

²²² CSP, art.L. 1231-2.

²²³ CSP, art. L. 1241-2.

²²⁴ En matière de prélèvement d'organes, l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique pose trois conditions :

- Le prélèvement doit être effectué dans l'intérêt thérapeutique du receveur ;
- Le receveur doit être un proche du donneur ; (la notion de proche recouvre les personnes en lien avec le receveur dont la liste est fixée de manière limitative par le Code de la santé publique. Cela concerne le père et la mère, le conjoint, les frères et sœurs, les fils et filles, les grands-parents, les oncles ou tantes, les cousins germains et cousines germaines, ainsi que le conjoint du père ou de la mère, la personne qui entretient avec le receveur un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans. (la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (JO du 8 juillet 2011, p. 11826) a substitué la notion de lien étroit et stable à la communauté de vie)
- Le consentement du donneur.

En matière de prélèvement de tissus, cellules ou de produits du corps humain, l'article L. 1241-1 du Code de la santé publique pose trois conditions :

- Le prélèvement doit être effectué dans un but thérapeutique ou scientifique ou de réalisation ou de contrôle des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ou de contrôle de qualité des analyses de biologies médicales ou dans le cadre des expertises et contrôles techniques réalisés par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ;
- Les tissus prélevés dans un but thérapeutique doivent figurer sur une liste établie par un décret en Conseil d'Etat (CSP, art. L. 1241-7) ;
- L'information et le consentement du donneur.

²²⁵ En matière de prélèvement d'organes, l'article L. 1231-1 du Code de la santé publique prévoit que le donneur est informé par un comité d'experts. Le consentement est recueilli par un magistrat. Lorsque le donneur n'est pas le père ou la mère du receveur, le prélèvement doit être autorisé par le comité d'experts.

79. Le législateur a prévu certaines exceptions au principe d'interdiction des prélèvements en vue d'un don sur personne vivante faisant l'objet d'une mesure de protection. Ces exceptions concernent des prélèvements de tissus ou cellules particuliers (I) et les prélèvements à l'occasion d'une intervention chirurgicale (II). Si les prélèvements sur personne vivante sont en principe interdits, les prélèvements sur personne décédée sont *a contrario* autorisés (III).

I- Les prélèvements de tissus ou cellules particuliers

Les prélèvements de tissus ou cellules particuliers sont : les prélèvements en vue d'un don de moelle osseuse (A) et les prélèvements de tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux (B).

A) Les prélèvements en vue d'un don de « moelle osseuse »

80. Loi 6 août 2004 relative à la bioéthique²²⁶ a élargi les bénéficiaires du mineur et autorise de tels prélèvements sur le majeur protégé. En effet, par principe les prélèvements d'organes, en vue d'un don, étaient interdits, sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale²²⁷. A titre exceptionnel, le prélèvement de moelle osseuse était possible sur un mineur au bénéfice uniquement d'un frère ou d'une sœur²²⁸. En revanche, aucune exception équivalente à celle prévue pour le mineur n'existait pour le majeur protégé.

(Lorsque le donneur est le père ou la mère du receveur, le prélèvement ne doit être autorisé que si le magistrat qui recueille le consentement l'estime nécessaire.)

En matière de prélèvement de tissus, cellules et produits du corps humain, l'article L. 1241-1 du Code de la santé publique prévoit des règles différentes selon la nature des prélèvements effectués. Pour les prélèvements autres que des cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse et effectués dans un but autre que scientifique, le consentement du donneur doit être donné par écrit. Pour les prélèvements de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse à finalité thérapeutique, le consentement est recueilli par un magistrat.

²²⁶Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, p. 14040.

²²⁷CSP, art. L. 1231-2.

²²⁸CSP, art. L. 1231-3.

81. Par exception au principe d'interdiction des prélèvements sur personne vivante faisant l'objet d'une mesure de protection, les prélèvements de cellules hématopoïétiques issues de moelle osseuse sont autorisés²²⁹. Cette exception a été introduite par la réforme de 2004 et s'explique par le fait qu'il s'agit de cellules qui se régénèrent et que la technique de prélèvement ne présente pas de difficultés techniques et ne comporte que peu de risques²³⁰. Toutefois, cette exception au principe est strictement encadrée.

82. Il importe de constater que les conditions auxquelles est subordonné un tel prélèvement sur un majeur protégé sont plus restrictives que pour les autres majeurs. D'une part, ce type de prélèvement ne peut être effectué que dans un intérêt thérapeutique. Les prélèvements dans un intérêt scientifique sur un majeur protégé sont donc interdits, alors qu'ils sont autorisés sur les majeurs non protégés. De plus, le prélèvement doit être la seule solution thérapeutique. Cette condition n'existe pas pour les autres majeurs.

83. D'autre part, le bénéficiaire du prélèvement effectué sur un majeur sous tutelle ne peut être qu'un frère ou une sœur. Le principe est le même pour le majeur sous curatelle ou sauvegarde de justice, dès lors que le juge des tutelles estime qu'il n'a pas la faculté de consentir. Tandis que le bénéficiaire du prélèvement effectué sur un majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, capable de consentir, peut être un frère ou une sœur, ou à titre exceptionnel, le cousin germain ou la cousine germaine, l'oncle ou la tante, le neveu ou la nièce²³¹.

Le majeur sous tutelle ou sous un autre régime de protection mais inapte à consentir est donc plus protégé que les majeurs ayant la faculté de consentir qu'ils soient sous sauvegarde de justice ou sous curatelle. Ces derniers sont eux-mêmes mieux protégés que les autres majeurs. Le champ des bénéficiaires d'un prélèvement sur un majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice est le même que celui des prélèvements sur mineur mais est nettement plus réduit que pour les prélèvements effectués sur des majeurs non protégés. En

²²⁹ CSP, art. L. 1241-4.

²³⁰ F. DREIFUSS-NETTER, « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », D. 2005, p. 1812 et s.

²³¹ CSP, art. L. 1241-3.

La loi du 6 août 2004 a étendu le champ des bénéficiaires, initialement limité aux frères et sœur.

effet, le législateur n'a pas limité les bénéficiaires d'un prélèvement de moelle osseuse effectué sur un majeur non protégé²³².

84. Par ailleurs, la condition tenant au consentement du donneur a été aménagée pour les donneurs faisant l'objet d'une mesure de protection²³³. Pour les prélèvements effectués sur un majeur sous tutelle, la décision est prise par le juge des tutelles après avoir recueilli l'avis du tuteur, du comité d'experts et si cela est possible du majeur²³⁴.

Pour les majeurs sous curatelle ou sous sauvegarde de justice, la procédure varie en fonction de l'aptitude à consentir de l'intéressé. Lorsque le juge des tutelles estime que le majeur a la faculté de consentir, le consentement de l'intéressé est recueilli par un magistrat²³⁵ puis, le prélèvement est autorisé par un comité d'experts. En revanche, lorsque le juge des tutelles estime que le majeur n'a pas la capacité de consentir, la procédure applicable est celle qui existe pour le majeur sous tutelle (décision du juge des tutelles après avis du majeur et du comité d'experts).

Quelle que soit la mesure de protection, le refus du majeur fait obstacle au prélèvement²³⁶. En outre, avant de rendre son avis ou son autorisation, le comité d'experts doit s'assurer que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un autre donneur²³⁷. Le comité d'experts est également chargé de s'assurer que le donneur a mesuré, au regard de son degré de discernement, les risques et les conséquences du prélèvement²³⁸.

B) Les prélèvements de tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux

85. L'article L. 1241-5 du Code de la santé publique prévoit à l'issue d'une interruption de grossesse la possibilité d'effectuer des prélèvements de tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques.

²³² CSP, art. L. 1241-1.

²³³ CSP, art. L. 1241-4.

²³⁴ Pour connaître la procédure détaillée, voir les articles R. 1241-12 et suivants du Code de la santé publique.

²³⁵ Le consentement est recueilli par le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Pour la procédure détaillée, voir les articles R. 1241-5 et suivants du Code de la santé publique.

²³⁶ CSP, art. L. 1241-4 al. 6.

²³⁷ CSP, art. L. 1241-4 al. 5.

²³⁸ CSP, art. R. 1241-9 et R. 1241-14.

86. Par principe, de tels prélèvements sont interdits lorsque la femme fait l'objet d'une mesure de protection légale²³⁹. Toutefois, un tel prélèvement est autorisé s'il s'agit de rechercher les causes de l'interruption de grossesse. La finalité du prélèvement limite donc la possibilité d'effectuer un prélèvement sur une majeure protégée.

II- Les prélèvements de tissus, cellules ou produits du corps humain à l'occasion d'une intervention chirurgicale

87. Le prélèvement à l'occasion d'une intervention chirurgicale étant inévitable, le législateur a prévu une dérogation au principe d'interdiction des prélèvements sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale. Dans un souci de protection, la loi ajoute une condition supplémentaire pour les prélèvements sur un majeur sous tutelle.

88. L'article L 1245-2 du Code de la santé publique fait présumer le consentement au prélèvement. Ceci est contraire au principe du consentement préalable au don d'organes²⁴⁰ mais s'explique par le caractère inévitable d'un tel prélèvement et par le fait qu'il ait lieu dans le cadre d'une intervention chirurgicale faite dans l'intérêt du patient²⁴¹.

89. Cet article dispose dans son premier alinéa *" les tissus, les cellules et les produits du corps humains, prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée, ainsi que le placenta peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques ou scientifiques, sauf opposition exprimée par elle après qu'elle a été informée des finalités de cette utilisation."* Par conséquent, il existe deux conditions au prélèvement à l'occasion d'une intervention chirurgicale pratiquée dans l'intérêt de la personne opérée : l'information préalable à l'intervention et l'absence de refus du patient.

90. A ces deux conditions s'ajoute une troisième lorsque le prélèvement a lieu sur une personne sous tutelle. En effet, le deuxième alinéa de l'article L. 1245-2 du Code de la santé

²³⁹ CSP, art. L. 1241-5.

²⁴⁰ CSP, art. L. 1241-1.

²⁴¹ D. BERTHAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 239

publique subordonne l'utilisation ultérieure des éléments ou produits prélevés à l'absence d'opposition du tuteur informé de l'utilisation. Cet article prévoit également que le refus du majeur sous tutelle fait obstacle à l'utilisation du prélèvement. Cette disposition ne visant que les majeurs sous tutelle, les prélèvements sur un majeur sous curatelle ou sous sauvegarde de justice relèvent du droit commun et ne sont par conséquent subordonnés qu'aux deux conditions susmentionnées (information préalable et absence de refus du patient).

III- Les prélèvements sur personne décédée

91. En matière de prélèvement de tissus et de cellules et de collecte de produits du corps humain, l'article L. 1241-6 du Code de la santé publique opère un renvoi aux dispositions relatives aux prélèvements d'organes sur personne décédée. L'ensemble des prélèvements sur personne décédée relève d'un même régime.

92. Le prélèvement d'organes sur personne décédée est régi par l'article L. 1232-1 du Code de la santé publique. Il ne peut avoir lieu qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et que si la mort est constatée. Le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : l'absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée, l'abolition de tous les réflexes du tronc cérébral et l'absence totale de ventilation spontanée²⁴². Les prélèvements ne peuvent être effectués que si la personne décédée est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique²⁴³. Afin de garantir la fiabilité du procès-verbal constatant la mort, le médecin qui le rédige ne doit pas appartenir au même service que celui qui doit effectuer le prélèvement²⁴⁴.

93. Depuis la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, le consentement au prélèvement est présumé²⁴⁵. Si de son vivant, la personne n'a pas fait connaître son refus d'un tel prélèvement, la loi considère qu'elle y consent. Le médecin qui n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt doit demander aux proches si la personne avait

²⁴² CSP, art. R. 1232-1.

²⁴³ CSP, art. R. 1232-4-1.

²⁴⁴ CSP, art. L. 1232-4.

²⁴⁵ CSP, art. L. 1232-1.

exprimé de son vivant un refus de prélèvement. Il convient de préciser que la loi de 2004 a substitué le terme de « proches » à celui de famille pour permettre de prendre en compte d'autres témoignages et notamment celui du concubin²⁴⁶.

94. En outre, si la personne décédée se trouvait sous tutelle le consentement par écrit du tuteur au prélèvement est nécessaire²⁴⁷. Ce consentement écrit est exigé qu'il s'agisse d'un prélèvement à des fins scientifiques ou thérapeutiques.

95. Si la personne décédée se trouvait sous un autre régime de protection, elle relève depuis la loi de 2004 du droit commun. En effet, l'ancien texte visait de manière générale les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection légale²⁴⁸. Désormais, le consentement de la personne placée sous sauvegarde de justice ou sous curatelle est présumé comme pour les personnes ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection juridique.

96. Par ailleurs, il convient de relever que la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique a renforcé la protection du corps. En effet, alors que l'ancien texte imposait de s'assurer de "la restauration décente du corps", le nouveau texte fait référence à "la meilleure restauration possible du corps"²⁴⁹.

97. Les autopsies médicales obéissent au régime des prélèvements d'organe sur personne décédée²⁵⁰. L'expression d'autopsie médicale vise l'autopsie ayant pour finalité d'obtenir un diagnostic sur les causes du décès et intervenant hors du cadre judiciaire. Toutefois, une autopsie médicale peut être réalisée malgré l'opposition du défunt et le cas échéant du tuteur en cas de nécessité impérieuse pour la santé publique et en l'absence de procédé permettant d'obtenir avec certitude un diagnostic sur les causes de la mort²⁵¹.

98. Ce sont des considérations morales qui ont conduit le législateur à préférer les prélèvements sur des personnes décédées même si médicalement rien ne vaut un prélèvement sur personne vivante²⁵².

²⁴⁶ D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 241

²⁴⁷ CSP, art. L. 1232-2.

²⁴⁸ CSP, art. L. 1232-2 ancien.

²⁴⁹ CSP, art. L. 1232-5.

²⁵⁰ CSP, art. L. 1211-2 al 3.

²⁵¹ Nota : un arrêté du ministre chargé de la santé devant préciser les pathologies et les situations justifiant autopsie médicale est toujours attendu.

²⁵² R. SCOTT, *Le corps notre propriété*, Balland, 1982, p. 137.

Paragraphe 2 : La recherche biomédicale sur le majeur protégé

99. « On entend par « recherche » un type d'activité qui inclut le développement, les essais et les évaluations qui contribuent à l'obtention d'une connaissance généralisable. »²⁵³

Le Code de Nuremberg adopté en 1947, contient dix critères dégagés lors des procès des médecins nazis²⁵⁴, permettant de considérer les expérimentations pratiquées sur l'être humain comme « acceptables ». Parmi ces critères, la condition absolue est le consentement de la personne qui se prête à la recherche.

100. La loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique²⁵⁵ a réformé la loi Huriet²⁵⁶ qui règlementait les recherches biomédicales, en tenant compte notamment de l'intervention de la directive communautaire 2001/20/CE du 4 avril 2001²⁵⁷.

101. La loi Huriet²⁵⁸ faisait référence aux « *essais et expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques et médicales* »²⁵⁹. En 2004²⁶⁰, le législateur définit la recherche biomédicale comme « *les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales* »²⁶¹. La substitution du terme « recherche » à celui d'« *essais et expérimentations* » n'a pas de réelle incidence dans la mesure où la deuxième expression englobe l'ensemble des recherches²⁶². La recherche à visée cognitive est donc comprise dans la notion de recherche biomédicale, et ce de manière explicite. Toutefois, l'article L. 1121-1 du Code de la santé publique exclut du champ d'application des

²⁵³ Federal Policy for the protection of human subjects, Notices and rules : 28001-28032, 1991. Cité dans D. Rodriguez-Arias, G. Moutel et Ch. Hervé, Recherche biomédicale et populations vulnérables, L'Harmattan, 2006, p. 20.

²⁵⁴ Les procès des médecins nazis se sont déroulés de 1946 à 1947.

²⁵⁵ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, p. 14277.

²⁵⁶ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO du 22 décembre 1988, p. 16032.

²⁵⁷ Directive communautaire 2001/20/CE du 4 avril 2001 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain.

²⁵⁸ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO du 22 décembre 1988, p. 16032.

²⁵⁹ CSP, ancien art. L. 209-1.

²⁶⁰ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, p. 14277.

²⁶¹ CSP, art. L. 1211-1.

²⁶² D. BERTHAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 203.

dispositions relatives aux recherches biomédicales les recherches non interventionnelles²⁶³ et les recherches sur les soins courants²⁶⁴.

102. Par ailleurs, il convient de noter que la loi de 2004 a fait disparaître la distinction entre bénéfice direct et sans bénéfice direct pour la personne qui se prête à la recherche²⁶⁵.

103. Les règles encadrant les recherches biomédicales ont notamment pour objectif la protection de la personne. Cette volonté transparaît tant au niveau des conditions régissant la recherche (I) qu'au niveau de la délivrance de l'information et du recueil du consentement (II).

I- Des conditions protectrices du corps du majeur protégé

104. Le Code de la santé publique encadre la recherche biomédicale sur les majeurs protégés. Certaines conditions sont applicables à l'ensemble des recherches (A), d'autres sont spécifiques aux recherches sur des majeurs protégés (B).

²⁶³ L'article R. 1121-2 du Code de la santé publique précise dans son premier alinéa que « *Les recherches définies au 1° de l'article L. 1121-1 appelées "recherches non interventionnelles" sont des recherches pour lesquelles la stratégie médicale destinée à une personne qui se prête à la recherche n'est pas fixée à l'avance par un protocole et relève de la pratique courante.* »

²⁶⁴ L'article R. 1121-3 du Code de la santé publique précise que « *Les recherches mentionnées au 2° de l'article L. 1121-1 sont entendues comme les recherches dont l'objectif est d'évaluer des actes, combinaisons d'actes ou stratégies médicales de prévention, de diagnostic ou de traitement qui sont de pratique courante, c'est-à-dire faisant l'objet d'un consensus professionnel, dans le respect de leurs indications.*

Ne relèvent pas de cette catégorie et sont en conséquence soumises à l'ensemble des dispositions du présent titre :

*1° Les recherches qui portent sur des techniques ou des stratégies innovantes ou considérées comme obsolètes ;
2° Les recherches qui portent sur l'évaluation d'une combinaison innovante d'actes ou de produits, même si chacun de ceux-ci pris isolément est d'utilisation courante ;*

3° Les recherches portant sur une comparaison de stratégies médicales, lorsque l'une de ces stratégies peut, en l'état des connaissances être considérée comme supérieure à l'autre en termes de sécurité et d'efficacité.

Les modalités particulières de surveillance mises en œuvre dans ces recherches ne comportent que des risques et des contraintes négligeables pour la personne qui se prête à la recherche.

L'information de cette dernière fait l'objet d'un document écrit soumis préalablement au comité de protection des personnes intéressées. » Il convient de préciser que les recherches sur les soins courants relèvent d'une procédure simplifiée.

²⁶⁵ La loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé (art. 36, JO du 25 janvier 1990, p. 1009) a substitué la notion de « bénéfice individuel direct » à celle de « finalité thérapeutique directe » qui figurait dans la loi Huriet.

A) Les conditions applicables à l'ensemble des recherches

105. Comme toutes les recherches biomédicales, celles pratiquées sur les personnes faisant l'objet d'une mesure de protection juridique doivent respecter les conditions posées aux articles L. 1121-2 et suivants du Code de la santé publique.

106. L'ensemble de ces conditions vise à assurer, plus ou moins directement, la protection de la personne qui se prête à la recherche biomédicale. Certaines conditions tendent à encadrer la recherche, d'autres sont directement liées à la personne sujet de la recherche.

107. Pour ce qui concerne les conditions relatives à l'encadrement de la recherche, elles ont été renforcées par le législateur de 2004. En effet, si ce dernier a maintenu l'exigence d'un avis favorable du Comité de protection des personnes²⁶⁶, il a substitué à la formalité de déclaration auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS), l'exigence d'une autorisation préalable de celle-ci²⁶⁷. Les critères appréciés par l'AFSSAPS tendent tous à garantir la sécurité de la personne²⁶⁸. Le législateur a également ajouté une nouvelle condition. La recherche doit désormais être conçue de manière à réduire au minimum la douleur, les désagréments, la peur et tout autre inconvénient prévisible liés à la maladie ou à la recherche, en tenant compte particulièrement du degré de maturité pour les mineurs et de la capacité de compréhension pour les majeurs hors d'état de manifester leur consentement²⁶⁹. En outre, les recherches doivent être effectuées sous la direction et la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée²⁷⁰ et dans des lieux disposant de moyens humains, matériels et techniques adaptés à la recherche et

²⁶⁶ CSP, art. L. 1121-4, L. 1123-1 et L. 1123-6.

²⁶⁷ CSP, art. L. 1121-4, L. 1123-8 et L. 1123-12.

Rq. : La loi n° 2008-337 du 15 avril 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses adaptations du droit communautaire dans le domaine du médicament (JO du 16 avril 2008, p. 1306) a supprimé la compétence du ministre de la santé. La loi du 9 août 2004 donnait compétence à l'AFSSAPS pour autoriser les recherches portant sur les produits mentionnés à l'article L. 5311-1 du Code de la santé publique, dont les médicaments, et donnait compétence au ministre de la santé pour les autres recherches.

²⁶⁸ CSP, art. R. 1123-29. Cet article prévoit « *L'autorité compétente, définie à l'article L. 1123-12, se prononce au regard de la sécurité des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale, en considérant notamment la sécurité et la qualité des produits utilisés au cours de la recherche conformément, le cas échéant, aux référentiels en vigueur, leur condition d'utilisation et la sécurité des personnes au regard des actes pratiqués et des méthodes utilisées ainsi que les modalités prévues pour le suivi des personnes.* »

²⁶⁹ CSP, art. L. 1121-2 al. 5.

²⁷⁰ CSP, art. L. 1121-3.

compatibles avec les impératifs de sécurité sanitaire.²⁷¹ Dans certaines hypothèses, ces lieux doivent être autorisés²⁷². Par ailleurs, les recherches doivent se fonder sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante²⁷³.

108. Pour ce qui concerne les conditions relatives à la personne qui se prête à la recherche, le législateur de 2004 a intégré en droit français le principe selon lequel l'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche biomédicale prime toujours sur les seuls intérêts de la science et de la société²⁷⁴. Le législateur a précisé le contenu de l'information à délivrer à la personne²⁷⁵ et réaffirmé l'exigence du recueil du consentement de l'intéressé²⁷⁶. En outre, le principe de proportionnalité entre le risque encouru et le bénéfice escompté²⁷⁷ et de gratuité²⁷⁸ sont réaffirmés. La possibilité de participer

²⁷¹ CSP, art. L. 1121-3 et L. 1121-13.

²⁷² CSP, art. L. 1121-13. Ces hypothèses concernent les « *recherches réalisées en dehors des lieux de soins, ainsi que dans des services hospitaliers et dans tout autre lieu d'exercice des professionnels de santé lorsque ces recherches nécessitent des actes autres que ceux qu'ils pratiquent usuellement dans le cadre de leur activité ou lorsque ces recherches sont réalisées sur des personnes présentant une condition clinique distincte de celle pour laquelle le service a compétence.* »

²⁷³ CSP, art. L. 1121-2 al. 1.

Ce principe était déjà inscrit dans l'article 3 du Code de Nuremberg (1947).

²⁷⁴ CSP, art. L. 1121-2 al. 6. Il s'agit de la transposition des articles 4 i et 5 h de la directive 2001/20/CE. Ce principe de la primauté de l'être humain est également contenu dans la Déclaration d'Helsinki portant recommandations destinées à guider les médecins dans le domaine des recherches biomédicales, adoptée par l'Assemblée Médicale Mondiale en juin 1994 ; ainsi que dans l'article 3 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du 4 avril 1997, communément appelée Convention d'Oviedo ; et repris dans l'article 3 du protocole additionnel à la convention d'Oviedo relatif à la recherche biomédicale signé le 25 janvier 2005.

²⁷⁵ CSP, art. L. 1122-1.

²⁷⁶ CSP, art. L. 1122-1-1.

²⁷⁷ CSP, art. L. 1121-2 al. 3.

Voir D. RODRIGUEZ-ARIAS, G. MOUTEL et Ch. HERVE, *Recherche biomédicale et populations vulnérables*, L'Harmattan, 2006, p. 67.

Certains auteurs ont mis en évidence la contradiction qui existe entre l'affirmation de la nécessité d'un bénéfice supérieur aux risques encourus et la possibilité de pratiquer des recherches sur des personnes saines. Voir I. CALLIES, « La modification des dispositions légales françaises applicables à la recherche biomédicale sur l'être humain dans le cadre de la transposition de la directive européenne relative aux essais de médicaments ». In *Place de la bioéthique en recherche et dans les services cliniques*, Institut international de recherche en éthique biomédicale ; sous la direction de C. HERVE, B.M. KNOPPERS, P.A. MOLINARI et « al », Dalloz, 2005, p. 41-65.

Voir également A. LANGLOIS, « Ethique et connaissance/ la recherche à visée cognitive : l'acceptabilité sociale des essais sur volontaires sains en France », In *Les fondements de la bioéthique*, Sous la direction de M.-H. PARIZEAU, De Boeck Université, 1992, p. 153-168

²⁷⁸ CSP, art. L. 1121-11. Toutefois, les frais exposés peuvent être remboursés et les contraintes subies peuvent être indemnisées.

simultanément à plusieurs recherches biomédicales a été facilitée²⁷⁹. Par ailleurs, s'agissant de la réparation du dommage causé par une recherche biomédicale, le législateur a mis en place un régime favorable à la victime car si le promoteur n'est pas reconnu responsable, l'indemnisation est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)²⁸⁰. Ce régime est d'autant plus favorable qu'il existe une présomption de faute du promoteur²⁸¹ et que l'indemnisation par l'ONIAM n'est pas subordonnée, en l'espèce, au critère de gravité habituellement exigé²⁸².

109. En plus des conditions susmentionnées, il existe des conditions spécifiques aux recherches biomédicales pratiquées sur les majeurs protégés.

B) Les conditions spécifiques aux recherches biomédicales pratiquées sur les majeurs protégés

110. Dès les premiers textes règlementant les recherches biomédicales, le législateur français s'est préoccupé de la situation des personnes vulnérables, et notamment de celle des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection.

111. Avant la réforme de 2004, les recherches sans bénéfice individuel direct sur des majeurs protégés étaient par principe interdites²⁸³. Par exception, de telles recherches pouvaient être pratiquées si elles remplissaient trois conditions cumulatives : ne présenter aucun risque sérieux prévisible pour leur santé, être utiles à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'âge, de maladie ou de handicap, et, ne pouvoir être réalisées autrement.

²⁷⁹ CSP, art. L. 1121-12. Avant la réforme de 2004, la participation simultanée à plusieurs recherches biomédicales sans bénéfice individuel était interdite. Désormais, quel que soit le type de recherches, cela est *a priori* possible. La simultanéité de participation n'est interdite que si cela est nécessaire.

²⁸⁰ S. HOCQUET-BERG et P. PETON, *Le régime juridique de la recherche biomédicale réformé par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique*, Resp. civ. et assur., octobre 2004, p. 16.

²⁸¹ L'article L. 1121-10 du Code de la santé publique prévoit dans son premier alinéa que « *le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la personne qui s'y prête et celle de ses ayants droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.* »

Cette présomption de faute existait déjà sous l'empire de la loi Huriet pour les recherches avec bénéfice individuel direct. Alors qu'un régime de responsabilité sans faute était applicable aux recherches sans bénéfice individuel direct.

²⁸² CSP, art. L. 1142-3. L'article D. 1142-1 du Code de la santé publique fixe le seuil de gravité à 24% d'incapacité permanente.

²⁸³ CSP, ancien art. L. 209-6.

112. L'article L. 1121-8 du Code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi du 9 août 2004, prévoit que « *Les personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection légale (...) ne peuvent être sollicitées pour des recherches biomédicales que si des recherches d'une efficacité comparable ne peuvent être effectuées sur une autre catégorie de la population et dans les conditions suivantes :*

- soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru ;

- soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes placées dans la même situation. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal. »

113. Le législateur ayant clairement affirmé sa volonté de faciliter la recherche²⁸⁴, il n'est pas surprenant que l'analyse comparative de ces règles mette en évidence un assouplissement. En effet, la balance bénéfice/risque a remplacé l'exigence d'absence de risque sérieux. En outre, l'intérêt de la recherche pour autrui est une véritable alternative au bénéfice escompté par la personne qui se prête à la recherche. Toutefois, il convient de préciser que dans cette hypothèse, la recherche n'est autorisée que si les risques encourus par le majeur protégé sont minimes.

114. Malgré cet infléchissement de la protection de la personne du majeur protégé, ce dernier demeure mieux protégé qu'un majeur qui ne fait pas l'objet d'une mesure de protection. La possibilité d'effectuer des recherches dans l'intérêt d'autrui est limitée. Le bénéfice de la recherche pratiquée sur un majeur protégé doit être escompté par des personnes placées dans la même situation ; et non pas, d'une manière générale par toute autre personne²⁸⁵. Certains auteurs relèvent qu'il « *se dessine l'idée d'une solidarité communautariste présumée* »²⁸⁶.

²⁸⁴ L'exposé des motifs de la loi du 9 août 2004 indique que la révision des dispositions relatives aux recherches biomédicales est nécessaire « *pour faciliter la conduite de recherches biomédicales dans des domaines porteurs de progrès médicaux sans pour autant diminuer le niveau de protection des personnes, notamment des personnes vulnérables, qui s'y prêtent.* »

²⁸⁵ CSP, art. L. 1121-2.

²⁸⁶ A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2^{ème} éd., 2009, p.661, n 513.

115. Il convient de relever que les conditions alternatives, relatives au bénéfice escompté, sont communes aux personnes vulnérables. Cette notion comprend : les femmes enceintes, les parturientes et les femmes qui allaitent²⁸⁷ ; les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes hospitalisées sans consentement et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celle de la recherche²⁸⁸, les mineurs²⁸⁹, les majeurs protégés ou hors d'état d'exprimer leur consentement²⁹⁰. En revanche, la condition tenant à l'impossibilité de pratiquer des recherches d'efficacité comparable sur d'autres personnes est exigée d'une manière générale pour les mineurs et les majeurs protégés ou hors d'état d'exprimer leur consentement²⁹¹, tandis qu'elle n'est requise pour les autres personnes vulnérables que si la recherche est pratiquée dans l'intérêt de personnes placées dans la même situation²⁹². Les mineurs, les majeurs protégés ou hors d'état d'exprimer leur consentement sont donc un peu plus protégés que les autres personnes vulnérables.

116. Par ailleurs, il existe une autre condition qui n'est pas contenue dans les principes généraux et qui concerne le type de mesure de protection. Les majeurs sous sauvegarde de justice ne peuvent pas être sollicités pour participer à une recherche biomédicale²⁹³. *A contrario*, les majeurs sous curatelle ou sous tutelle peuvent l'être²⁹⁴.

II- L'information et le consentement de la personne

117. L'information et le consentement de la personne sont deux éléments fondamentaux de la protection de la personne. Ces deux éléments sont traités de manière chronologique par le Code de la santé publique car l'objectif de l'information (A) est de permettre un consentement éclairé (B).

²⁸⁷ CSP, art. L.1121-5.

²⁸⁸ CSP, art. L.1121-6.

²⁸⁹ CSP, art. L.1121-7.

²⁹⁰ CSP, art. L.1121-8.

²⁹¹ CSP, art. L. 1121-7 et L.1121-8.

²⁹² CSP, art L. 1121-5 et L. 1121-6

²⁹³ CSP art. L. 1122-2 II al. 6.

Contra : M.-C. CHEMTOB-CONCE, « Le nouvel encadrement juridique et éthique de la recherche biomédicale en France », RGDM 2004, n° 14, p. 267.

²⁹⁴ Avant la réforme de 2004, seul le majeur sous tutelle était visé dans les dispositions spécifiques au majeur protégé. Les majeurs sous sauvegarde de justice ou sous curatelle relevaient du droit commun.

A) L'information de la personne

118. La Cour de cassation, dans son arrêt du 9 octobre 2001, a considéré que le devoir d'information du médecin trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine²⁹⁵.

119. Comme toute personne qui se prête à une recherche biomédicale, le majeur protégé doit être informé de l'objectif, de la méthodologie et de la durée de la recherche, des bénéfices attendus, des contraintes et des risques prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme, des éventuelles alternatives médicales, des modalités de prise en charge médicale prévues en fin de recherche, de l'avis du Comité de protection des personnes et de l'autorisation de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé et, le cas échéant, de l'interdiction de participer simultanément à plusieurs recherches²⁹⁶. Cette information doit être adaptée à la capacité de compréhension de la personne. Elle doit être délivrée par l'investigateur de la recherche mais également par les personnes, les organes ou les autorités chargés de l'assister, de la représenter ou d'autoriser la recherche²⁹⁷, ceux-ci ayant eux même été informés par l'investigateur.

B) Le consentement de la personne

120. Le consentement de la personne est un préalable nécessaire pour pouvoir porter atteinte à l'intégrité de son corps. Ce principe fondamental posé par l'article 16-3 du Code civil a été repris à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique lequel dispose qu'« *aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». Toutefois, le législateur a apporté certains aménagements à ce principe pour les personnes incapables de consentir²⁹⁸. Tel est le cas des majeurs qui font l'objet d'une mesure de protection.

²⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 octobre 2001 : Bull. civ. I, n° 249, p. 421 ; D. 2001, p. 3740, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; JCP G 2002, II 10045, note O. CACHARD ; Contrat, conc. consom. 2002, n° 22, note L. LEVENEUR ; Gaz. Pal., 27 novembre 2001, p. 53, note J. GUIGUE ; RJPF 2002, janvier 2002, p. 21, note F. CHABAS ; LPA, 6 décembre 2001, p. 15, note C. CLEMENT ; LPA, 13 mars 2002, p. 17, note F. MARMOZ, RTD civ. 2002, p. 176, note R. LIBCHABER.

²⁹⁶ CSP, art. L. 1122-1.

²⁹⁷ CSP, art. L. 1122-2.

²⁹⁸ CSP, art. L. 1122-2.

121. Quel que soit le régime de protection, le majeur protégé est consulté, dans la mesure où son état le permet. En outre, son adhésion personnelle est recherchée et il ne peut être passé outre son refus ou la révocation de son acceptation.

122. Par contre, le dispositif relatif à l'expression du consentement mis en place par le législateur varie en fonction de la mesure de protection²⁹⁹. En effet, comme cela a été indiqué précédemment, le législateur a exclu le majeur sous sauvegarde de justice des personnes pouvant être sujet d'une recherche biomédicale. Par principe, lorsque le majeur est sous curatelle, le consentement est donné par l'intéressé assisté de son curateur. Tandis que lorsque le majeur est sous tutelle, c'est le tuteur qui prend la décision.

Toutefois, qu'il s'agisse d'un majeur sous curatelle ou sous tutelle, le législateur a prévu une mesure de protection supplémentaire lorsque le Comité de protection des personnes considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain. Dans une telle hypothèse, s'il s'agit d'un majeur sous curatelle, le juge des tutelles doit s'assurer de l'aptitude du majeur à consentir, puis, en cas d'inaptitude, doit autoriser la recherche. S'il s'agit d'un majeur sous tutelle, la décision est prise par le Conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge³⁰⁰.

Le législateur a souhaité, dans un souci de protection de la personne, que l'expression du consentement respecte un certain formalisme. Le consentement du majeur sous tutelle ou l'autorisation du tuteur, du Conseil de famille ou du juge des tutelles doivent être, donnés pas écrit³⁰¹.

Paragraphe 3 : Les actes relatifs à la procréation du majeur protégé

²⁹⁹ Il convient de relever que dans l'hypothèse d'un majeur hors d'état d'exprimer son consentement mais ne faisant pas l'objet d'une mesure de protection, l'autorisation est donnée par la personne de confiance, à défaut de celle-ci, par la famille, ou, à défaut, par une personne entretenant avec l'intéressé des liens étroits et stables. Toutefois, l'autorisation est donnée par le juge des tutelles lorsque le Comité de protection des personnes considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou pas la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain.

³⁰⁰ Le dispositif mis en place pour le majeur sous tutelle reprend plus ou moins celui qui existait auparavant. Avant 2004, la décision était prise par le tuteur pour les recherches avec bénéfice individuel direct, et par le tuteur autorisé par le Conseil de famille ou le juge des tutelles. (CSP, ancien art. L. 209-10).

³⁰¹ CSP L. 1122-2 III et L. 1122-1-1.

Le Code de la santé publique prévoit parfois des dispositions spécifiques au majeur protégé pour les actes liés à la procréation. Ces actes regroupent la stérilisation à visée contraceptive (I), l'interruption volontaire de grossesse (II) et la procréation médicalement assistée (III).

I- La stérilisation à visée contraceptive de la majeure protégé

123. La stérilisation est définie comme « *la suppression définitive de la possibilité de reproduction de l'être vivant.* »³⁰² La stérilisation dite contraceptive est la stérilisation qui n'est pas effectuée dans un but thérapeutique. Mais parler de stérilisation contraceptive est un abus de langage car la contraception (à la différence de la stérilisation) est réversible.³⁰³

124. Il est difficile d'évoquer la question de la stérilisation des personnes handicapées mentales sans évoquer la notion d'eugénisme dans la mesure où ses pratiques se sont développées dans un contexte eugéniste³⁰⁴, à savoir celui de l'Allemagne nazie. En effet, avec la loi du 14 juillet 1933 sur la stérilisation des handicapés, le régime nazi a mis en place un programme de stérilisations contraintes. Les personnes handicapées mentales ont fait partie des nombreuses victimes. Toutefois, il convient de préciser que les origines de l'eugénisme scientifique sont anglo-saxonne, et non allemandes. Le « père » de l'eugénisme moderne est Francis GALTON³⁰⁵. L'horreur pratiquée par les nazis n'est, malheureusement, qu'une application des théories véhiculées depuis la fin du XIXème siècle. L'eugénisme est, selon le Comité consultatif national d'éthique, « *une pratique collective qui vise à favoriser l'apparition de certains caractères ou à en éliminer d'autres jugés négatifs* »³⁰⁶. Fort, heureusement, les arguments eugéniques ne sont plus invoqués pour justifier les pratiques de stérilisation d'une personne handicapée mentale. Au demeurant, il a été démontré par des études scientifiques que le risque de transmission du handicap varie selon les

³⁰² Dictionnaire Médecine Flammarion.

³⁰³ LAGARDERE M.-L, STROHL H., EVEN B., *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, La documentation française, mars 1998, p 28.

³⁰⁴ J.-L. LAMBERT, *La nouvelle tentation eugénique*, Editions des sentiers, coll. arguments, 1997, Lausanne, p. 34 et s., p. 48 et s. et p. 90 et s. Estimant que le mécanisme de la stérilisation n'était pas assez rapide pour détruire les « vies sans valeur » le régime nazi a mis en place une politique d'extermination.

³⁰⁵ J.-P. THOMAS, *Les fondements de l'eugénisme*, PUF, Que sais-je ?, 1995, p. 30.

³⁰⁶ CCNE, avis n° 66, « Réponse du CCNE aux saisines du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée Nationale sur l'allongement du délai d'IVG », 23 novembre 2000, p. 1.

pathologies et, le cas échéant est, écarté par le diagnostic prénatal³⁰⁷. Désormais, l'argument le plus souvent avancé pour justifier la stérilisation est l'incapacité parentale³⁰⁸.

125. Il convient de relever que de nombreuses demandes de stérilisation ont pour origine des violences sexuelles qui aboutissent à une grossesse. Si la stérilisation permet d'éviter des grossesses indésirables et imprévues, elle n'apporte pas de solution au problème des violences sexuelles³⁰⁹. Au contraire, la stérilisation aurait pour effet de maintenir secret les violences sexuelles ce qui a pour effet de renforcer la vulnérabilité de la personne handicapée mentale³¹⁰. Par ailleurs, la stérilisation n'empêche pas non plus les maladies sexuellement transmissibles dont le VIH.

126. Le régime juridique de la stérilisation à visée contraceptive a évolué³¹¹. Statuant sur l'affaire dite des « stérilisés de Bordeaux », la Cour de cassation a, par un arrêt du 1^{er} juillet 1937, qualifié les vasectomies pratiquées de violences volontaires et considérait que l'auteur et le complice de l'infraction « *ne pouvaient invoquer le consentement des opérés comme exclusif de toute responsabilité pénale, ceux-ci n'ayant pu donner le droit de violer, sur leurs*

³⁰⁷ LAGARDERE M.-L., STROHL H., EVEN B., *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, La documentation française, mars 1998, p. 66.

Voir P. ECHAVIDRE, « Procréation et exercice de la fonction parentale chez les personnes dites handicapées mentales », In *Stériliser le handicap mental ?*, sous la direction de N. DIEDERICH, Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 153 et s. : Seulement 40% des enfants nés de mères déficientes seraient eux-mêmes handicapés. Certains handicaps ne sont pas transmissibles. Il s'agit de ceux dont la cause est contemporaine (manque d'oxygène) ou postérieure à la naissance (encéphalite, méningite...). Et, le risque de transmission des anomalies génétiques n'est pas de 100%.

³⁰⁸ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, La documentation française, mars 1998, p. 67.

Le rapport fait référence au point de vue du Professeur Marie-Odile RETHORE qui pense que « *des femmes trisomiques et d'autres déficientes mentales ne peuvent assumer un enfant, qu'elles s'en occuperaient au mieux « comme une poupée* » ». (Rapport p. 67) ; ainsi qu'à celui du Professeur Stanislaw TOMKIEWICZ, selon lequel « *l'incapacité parentale n'est sûrement pas une notion claire et chiffrable. Néanmoins dans certaines situations, elle se présume avec assez de certitude pour que les professionnels soient en devoir d'aider la personne handicapée à assumer cette incapacité et à accepter de ne pas avoir d'enfant* » (rapport p. 73) Les situations dans lesquelles l'incapacité parentale est manifeste concerne notamment les femmes qui ont déjà abandonné un ou plusieurs enfants, celles sujettes à des crises délirantes susceptibles de mettre en danger leur enfant, celles sujettes à des crises de mélancolie et ont un risque de se suicider, celles incapables de nouer des liens affectifs, celles qui ne disposent pas en elles d'une image de mère reproductive car elles ont été carencées affectivement, celles qui souffrent d'une absence d'autonomie telle que l'enfant ne pourra qu'en souffrir, celles qui veulent être enceintes mais sont indifférentes au sort de l'enfant-né, celles qui ne font pas le lien entre une relation sexuelle qu'elles pratiquent et une grossesse et un désir d'enfant.

³⁰⁹ CCNE, avis n° 49, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, p. 3.

³¹⁰ Ibid. p. 14.

³¹¹ A.-M. DOURLÉN-ROLLIER, Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés, In *Les enjeux de la stérilisation*, Edité par A. GIAMI et H. LERIDON, INSERM, INED, coll. Questions en santé publique, 2000, p. 146.

personnes, les règles régissant l'ordre public »³¹². Par cet arrêt, la Haute juridiction rappelle que les faits étaient un délit, que l'interdiction de la stérilisation était d'ordre public et que le consentement de la victime ne rendait pas licite l'acte.

127. En 1975, le Conseil de l'Europe recommandait, après avoir affirmé le principe du libre choix de l'individu, de rendre la stérilisation volontaire accessible en tant qu'acte médical tout en veillant à ce que la personne soit pleinement consciente du caractère généralement irréversible de l'opération³¹³.

128. Le Conseil de l'Ordre des médecins, après avoir condamné la stérilisation à visée contraceptive sans motif thérapeutique ouvre la voix à titre très exceptionnel aux stérilisations contraceptives en laissant le soin aux médecins d'apprécier le caractère sérieux des motifs. En effet, après avoir rappelé que la stérilisation était une opération mutilante dont les conséquences psychiques et morales sont imprévisibles, le Conseil indique qu'elle «ne pourra être pratiquée que pour des motifs très sérieux, qui amènent à déconseiller formellement et définitivement la grossesse »³¹⁴. La nécessité médicale de l'intervention a disparu mais la simple convenance n'est pas suffisante pour recourir à une stérilisation. La législation n'ayant pas été modifiée, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, réaffirmé le caractère illicite de l'intervention chirurgicale sans cause thérapeutique³¹⁵ et plus particulièrement de la stérilisation non justifiée par un motif thérapeutique³¹⁶.

129. La loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain subordonne l'atteinte à l'intégrité du corps humain à la nécessité thérapeutique de l'acte et au consentement de la personne³¹⁷. Dans un avis du 6 juillet 1998 la Cour de cassation affirme que« *la ligature des trompes de Fallope, pratiquée en dehors de toute nécessité thérapeutique, et à des fins strictement contraceptives, est prohibée par l'article 16-3 du code civil* »³¹⁸. Le Comité consultatif national d'éthique précise que la déficience mentale ne saurait à elle-seule

³¹²Cass. crim., 1^{er} juillet 1937, DH 1937, p. 537 ; S. 1938, 1, p. 193, note R. TORTAT, JCP 1937, II 440, Gaz. Pal. 1937, 2, p. 358.

³¹³Résolution (75) 29 rendue par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 14 novembre 1975 sur la législation relative à la fécondité et la planification familiale, art. 8 II C.

³¹⁴Résolution du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 1983, Bulletin de l'Ordre des médecins.

³¹⁵Cass. crim., 31 mai 1991, Bull. crim. n° 231 ; Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, deux espèces, JCP 1993, II 21991, concl. M. JEOL, note G. MEMETEAU, RTD civ. 1993, p. 97, obs. J. HAUSER. (Le dernier étant rendu en matière de transsexualisme)

³¹⁶CE, 29 janvier 1988, JCP 1989, II 21222, note G. MEMETEAU, RDSS 1988, p. 509, note F. VAREILLE.

³¹⁷C. civ., art. 16-3.

³¹⁸Cass. Avis, 6 juillet 1998, Bull. civ. n° 10, RTD civ. 1998, p. 881, obs. J. HAUSER ; Defrénois 1999, p. 314, obs. J. MASSIP, Dr. Fam. 1998, n° 162, note Th. FOSSIER, Dr. Famille 2000, n° 2, note N. RAYNAUD ; Médecine et Droit 1998, n° 31, p. 12, note Fl. FRESNEL.

constituer le motif thérapeutique³¹⁹. La loi du 27 juillet 1999³²⁰ a modifié l'article 16-3 du Code civil en substituant le terme médical à thérapeutique. Par conséquent, les stérilisations contraceptives consenties devenaient envisageables.

130. La licéité de la stérilisation contraceptive est subordonnée au consentement libre et éclairé de la femme. S'agissant d'une personne handicapée mentale, la notion de consentement « libre et éclairé » pose question³²¹. D'une part, en matière de stérilisation, le consentement n'est pas vraiment libre. Il est suggéré, voire imposé par la famille ou l'institution³²². Sur la problématique de la demande de stérilisation formulée par un tiers, le Comité consultatif national d'éthique pose plusieurs exigences pour garantir les conditions d'évaluation de la situation et de la prise de décision³²³. Il préconise notamment une décision collective³²⁴. En outre, dans la mesure où les familles sont fréquemment, également organe de la mesure de protection, il était indispensable de mettre en place une procédure spécifique pour protéger les intérêts de la personne. L'application des règles de droit commun en matière d'acte médical sur un majeur protégé n'était pas suffisante.

131. D'autre part les professionnels remettaient en cause la nécessité d'informer la patiente se prévalant du fait que l'information peut avoir des effets néfastes sur l'équilibre psychologique de leur patiente³²⁵. Par ailleurs, le Comité consultatif national d'éthique relève que « *la validité du consentement dépend de la capacité de la personne à comprendre la nature et les conséquences de l'acte de stérilisation qui lui est proposé. Ceci suppose qu'elle ait tout au moins une idée du lien entre acte sexuel, grossesse et maternité, qu'elle*

³¹⁹ CCNE, avis n° 49, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, p. 2.

³²⁰ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO du 28 juillet 1999, p. 11229.

³²¹ A. BOUZAMA, « La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001 », RDSS 2002, n° 2, p. 244.

³²² A. GIAMI et C. LAVIGNE, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le « consentement libre et éclairé », In *Stériliser le handicap mental ?*, sous la direction de N. DIEDERICH, Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 70 et 74.
M.-L. LAGARDERE, H. STROHL., B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, La documentation française, mars 1998, p. 34.

³²³ CCNE, avis n° 49, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, p. 2 et s.

³²⁴ Ibid. p. 15.

³²⁵ A. GIAMI et C. LAVIGNE, « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le « consentement libre et éclairé » », In *Stériliser le handicap mental ?*, sous la direction de N. DIEDERICH, Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 76 et s.

comprenne la différence entre état de fertilité et de stérilité, et qu'elle puisse se représenter ce qu'est dans la réalité la charge d'un enfant»³²⁶.

132. La loi du 4 juillet 2001³²⁷ a interdit la stérilisation contraceptive sur une personne mineure et mis en place une procédure permettant de garantir le consentement libre et éclairé de la femme majeure qui demande cette intervention. Cette procédure comprend notamment un délai de réflexion³²⁸. La loi a également prévu une procédure spécifique pour les personnes handicapées mentales bénéficiant d'une mesure de protection juridique. L'article L. 2123-2 du Code de la santé publique pose deux conditions cumulatives pour que la stérilisation soit envisageable. D'une part, l'altération des facultés mentales doit constituer un handicap et justifier une mesure de protection (tutelle ou curatelle). D'autre part, il doit exister une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. Il convient de relever que la personne sous sauvegarde de justice est donc exclue du champ d'application de ce texte. Elle relève du droit commun. Ainsi, si elle est consciente de son incapacité à élever un enfant, elle pourra faire le souhait d'une demande de stérilisation.

133. Par ailleurs, des garanties procédurales sont prévues. L'intervention doit être autorisée par le juge des tutelles après l'avis d'un Comité d'experts. Ce dernier doit se positionner sur la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que sur l'ensemble des conséquences normalement prévisibles tant sur le plan physique que psychologique. Une information doit être donnée à la personne protégée d'une manière adaptée à ses capacités de compréhension. Cette information doit porter « *sur la sexualité, les liens entre les rapports sexuels et la grossesse, la signification de celle-ci, la capacité ou l'incapacité de la personne à assumer grossesse et maternité, la contraception possible ou impossible et enfin, la stérilisation et ses conséquences* »³²⁹. En outre, dès lors qu'elle est apte à exprimer sa volonté, le consentement de la personne doit être recherché et il ne peut être passé outre son refus ou la révocation de son consentement. La procédure mise en place tient donc compte de la capacité de fait de la personne.

³²⁶ CCNE, avis n° 49, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996, p. 14.

³²⁷ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO du 7 juillet 2001, p. 10823.

³²⁸ CSP, art. L. 2123-1.

³²⁹ M.-L. LAGARDERE, H. STROHL, B. EVEN, *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, La documentation française, mars 1998, p. 36.

134. Il convient de relever que le Conseil d'Etat a jugé que les dispositions de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique n'ont pas « *pour objet ou pour effet de favoriser la stérilisation non volontaire des personnes handicapées* » et que par conséquent, elles ne sont pas « *incompatibles, d'une part, avec le droit de se marier et de fonder une famille reconnu par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, d'autre part, avec la prohibition des traitements inhumains et dégradants prévue respectivement par les articles 3 de cette convention et 7 de ce pacte, enfin, avec le droit à une vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de cette même convention* »³³⁰. Dans le cadre d'une affaire portant sur la stérilisation de personnes handicapées mentales travaillant dans un Centre d'Aide par le Travail situé dans l'Yonne, la juridiction pénale française³³¹ a rejeté la qualification criminelle³³². Un recours a été formé devant la Cour européenne des droits de l'homme tendant à faire établir l'inconventionnalité de la pratique de stérilisation de personnes handicapées mentales sans leur consentement³³³.

II- L'interruption volontaire de grossesse de la majeure protégée

135. La loi Veil³³⁴, après avoir affirmé dans son premier article que « *la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie* », a autorisé en encadré l'interruption volontaire de grossesse. La loi du 4 juillet 2001³³⁵ est venue allonger le délai pour pratiquer l'interruption volontaire de grossesse à douze semaines³³⁶. Le Conseil

³³⁰ CE, 26 septembre 2005, Gaz. Pal. 11 avril 2006 ; RDS n° 9, comm. L. LAMBERT-GARREL, p. 65 ; *Les grandes décisions du droit médical*, p. 96, note V. DAUDET.

Dans cet arrêt le Conseil d'Etat statué sur la demande d'annulation du décret n° 2002-779 du 3 mai 2002 fixant les conditions d'application de l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique.

³³¹ Cass. crim., 10 juin 2008, n° 07-86623.

³³² L'article 222-10 du Code pénal puni de quinze ans de réclusion criminelle les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente commise sur une personne vulnérable.

³³³ CEDH, 2e Sect. Gauer et a. c/ France.

V. N. HERVIEU, « Stérilisation de personnes handicapées mentales : la Cour de Strasbourg se penche sur le cas de la France (Tierce-intervention Groupe européen INDH sur Cour EDH, 2e Sect. Gauer et a. c/ France) », Publié 1^{er} septembre 2011, CPDH. (blog Combats pour les droits de l'homme)

³³⁴ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, JO du 18 janvier 1975, p. 739. (dite Loi Simone Veil)

³³⁵ Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO du 7 juillet 2001, p. 10823

³³⁶ CSP, art. L. 2212-1.

constitutionnel a considéré qu'avec cet allongement « *la loi n'a pas, en l'état des connaissances et des techniques, rompu l'équilibre que le respect de la Constitution impose entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation et, d'autre part, la liberté de la femme qui découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »³³⁷.

136. Cet acte médical ne peut être pratiqué que par un médecin et dans certains établissements³³⁸. La femme enceinte désirant avorter doit recevoir une information sur les méthodes médicales et chirurgicales d'interruption de grossesse et sur les risques et les effets secondaires potentiels³³⁹. En outre, une consultation avec un conseiller conjugal doit être proposée avant et après l'acte interruptif³⁴⁰. Cette consultation est obligatoire pour une mineure³⁴¹. Un délai de réflexion d'au moins une semaine doit exister entre la première demande et le consentement à l'acte qui doit être donné par écrit³⁴². Lorsqu'il y a eu un entretien avec un conseiller conjugal, un délai de réflexion de deux jours doit précéder le renouvellement de la demande d'interruption de la grossesse³⁴³.

137. Le Code de la santé publique contient une disposition spéciale relative à l'interruption volontaire de grossesse d'une mineure. Il prévoit le recueil du consentement d'un des titulaires de l'autorité parentale de la jeune femme enceinte ou, par exception l'accompagnement d'une personne majeure choisie par la mineure³⁴⁴. Curieusement, aucune disposition spécifique n'existe pour la femme enceinte majeure protégée.

138. L'absence de disposition expresse peut être interprétée de plusieurs manières³⁴⁵. D'une part, si l'absence de disposition particulière est considérée comme un oubli du

³³⁷ Décision du Conseil Constitutionnel n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

³³⁸ CSP, art. L. 2212-2.

³³⁹ CSP, art. L. 2212-3.

³⁴⁰ CSP, art. L. 2212-4 al 1.

³⁴¹ CSP, art. L. 2212-4 al. 2.

³⁴² CSP, art. L. 2212-5.

³⁴³ Ibid.

³⁴⁴ CSP, art. L. 2212-7.

³⁴⁵ La doctrine propose plusieurs solutions :

- la majeure protégée décide seule car l'interruption volontaire de grossesse sans le consentement de la femme enceinte constitue un délit (C. pén., art. 223-10 ; CSP, art. L. 2222-2.) (J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF. Le Monde, 2002, préface C. LABRUSSE-RIOU, postface B. BEIGNIER, p.123, n° 134.)

législateur, par analogie avec la situation d'une mineure, il est possible de considérer que la majeure protégée peut demander et consentir seule à l'interruption de grossesse en se faisant accompagner de la personne majeure de son choix³⁴⁶. Il convient d'observer que la situation de la mineure et de la majeure ne sont pas nécessairement analogues. Jean HAUSER relève qu'il existe un risque à assimiler les situations car « *admettre le consentement de la mineure c'est jouer sur la pré-majorité ce qui est impossible dans le cas des majeures sauf si elle était en état de donner son consentement* »³⁴⁷. En outre, la loi de 2001 ayant prévu des dispositions spécifiques à la majeure protégée en matière de stérilisation, il serait surprenant que le législateur ait oublié ces personnes dans une partie de cette même loi. D'autre part, si on considère que l'absence de disposition spéciale n'est pas un oubli, deux solutions sont envisageables : soit il convient d'appliquer le droit commun des actes médicaux, soit il convient de considérer que l'interruption médicale de grossesse est un acte médical particulier relevant d'une réglementation particulière.

139. L'application du droit commun des actes médicaux à l'interruption de grossesse conduirait, en l'absence de mission de protection en matière personnelle, à exiger le consentement du tuteur et la recherche du consentement de la personne protégée³⁴⁸. Dans l'hypothèse où une mission de protection aurait été dévolue au tuteur, celui-ci devrait obtenir l'autorisation du juge des tutelles car il ne fait aucun doute que l'interruption volontaire de grossesse constitue un acte portant gravement atteinte à l'intégrité physique et à l'intimité de la personne protégée. A moins de considérer que les délais encadrant la procédure de l'interruption de grossesse confèrent à cet acte un caractère d'urgence (laquelle constitue une exception à l'exigence d'autorisation judiciaire), l'autorisation du

- le médecin doit apprécier la portée de la volonté de la femme (Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface P. GOHET, ESF, 4^{ème} éd., 2008. p.240)

- l'application du droit commun du consentement aux actes médicaux (Fl. FRESNEL, « La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé », *Gaz. Pal.* 26 août 1999, *Doctrine*, p. 1239.)

- l'application du droit commun du consentement aux actes médicaux droit commun, adaptée pour ne pas faire une stricte application du mécanisme de représentation. L'aménagement conduit le médecin à s'assurer de la volonté de la femme enceinte et à saisir le juge des tutelles en cas de désaccord entre le tuteur et le majeur protégé (V. MERRIEN, P. CHEVALIER., J. LAUBARD ...[et al.], *Personnes vulnérables et domaine médical. Quels sont leurs droits ?*, UNAPEI et Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, coll. Les Guides de l'AP-HP, 2007, p. 40)

- l'application du droit civil de la protection en matière personnelle (D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 142.)

³⁴⁶ C. WONG, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préf. B. DUBOIS, Dunod, 2009, p. 211.

³⁴⁷ J. HAUSER, « Le consentement aux soins des majeurs protégés », *LPA* 2002, n°56, p. 7.

³⁴⁸ CSP, art. L. 1111-4 al. 6.

juge des tutelles semblerait une condition inadaptée à la situation³⁴⁹. Il convient de relever que l'acte interruptif n'est pas en lui-même urgent. Hors le cas d'une interruption médicale de grossesse, il n'y a pas a priori, d'urgence médicale. Ceux sont les conditions de légalité de l'acte qui rendent la décision (et non l'acte) urgente. Il revient au juge de déterminer ce qu'il faut entendre par le terme « urgence » employé par l'article 459 alinéa 3 du Code civil. Toutefois, il semble que dans la mesure où l'interruption de grossesse est régie par des textes particuliers, il soit nécessaire de la considérer non pas comme un acte ordinaire mais véritablement comme un acte spécial.

140. A l'inverse, si on considère que l'interruption de grossesse est un acte médical particulier, elle ne relève pas du droit commun. Dans la mesure où la loi n'a pas prévu de protection spécifique pour la personne majeure protégée, il convient d'appliquer le droit civil. Ainsi la majeure ne recevrait l'assistance ou la représentation de l'organe de protection que si une mission lui a été confiée en matière personnelle. A défaut, d'une telle décision, la majeure protégée décide seule, quelle que soit la mesure de protection. Toutefois, il est possible de se demander si l'interruption volontaire de grossesse n'est pas un acte strictement personnel, même si elle n'est pas mentionnée dans la liste de l'article 458 du Code civil³⁵⁰. Ainsi, elle relèverait de la compétence exclusive du majeur, qu'il y ait ou non une protection de la personne en matière personnelle. Il reviendra au juge de qualifier l'interruption volontaire de grossesse d'acte strictement personnel. Cette qualification est vraisemblable car la liste de l'article 458 du Code civil contient de nombreux d'actes relatifs à la parentalité.

141. Au demeurant, il convient de relever que les personnes chargées de la protection en matière personnelle, peuvent prendre les mesures de protection strictement nécessaires pour mettre fin au danger que le comportement de la majeure protégée lui fait courir³⁵¹. En outre, en présence d'un réel danger, une interruption médicale de grossesse peut être envisagée³⁵². L'article L. 2213-1 du Code de la santé publique permet de recourir à une interruption médicale de grossesse «*soit que la poursuite de la grossesse met en péril grave*

³⁴⁹ C. WONG, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préf. B. DUBOIS, Dunod, 2009, p. 211.

³⁵⁰ D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 142 ; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p. 359, n° 431.

³⁵¹ C. civ., art. 459 al. 3.

³⁵² D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 142 et 144.

la santé de la femme, soit qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ».

III- La procréation médicalement assistée du majeur protégé

142. «*L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle* »³⁵³. L'objectif de l'assistance médicale à la procréation est de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité³⁵⁴. Dans le cadre d'un projet parental, la personne atteinte de troubles mentaux peut avoir accès à l'assistance médicale à la procréation.

143. Il convient de préciser qu'il existe une procédure d'examen des caractéristiques génétiques de la personne qui permet de confirmer le diagnostic de maladie génétique ou de déterminer si la personne est porteuse de gènes susceptibles d'entraîner à terme le développement d'une maladie génétique qui pourrait être transmise à sa descendance³⁵⁵. La loi du 7 juillet 2011³⁵⁶ a simplifié les règles existant en la matière³⁵⁷. En cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave posé lors de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, le législateur a posé une obligation d'information des membres de sa famille potentiellement concernés, à la charge de la personne concernée³⁵⁸. Désormais, l'absence d'information est susceptible d'engager la responsabilité de la personne³⁵⁹. Si la personne ne souhaite pas informer elle-même les personnes concernées, le médecin les invite à se rendre

³⁵³ CSP, art. L. 2141-1 al. 1.

Nota : La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a rajouté « *la conservation des gamètes, des tissus germinaux* » à la notion d'assistance médicale à la procréation.

³⁵⁴ CSP, art. L. 2141-2 al. 1.

³⁵⁵ MERRIEN V., CHEVALIER P., LAUBARD J. et al., *Personnes vulnérables et domaine médical. Quels sont leurs droits ?*, UNAPEI et Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, coll. Les Guides de l'AP-HP, 2007.

³⁵⁶ La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, JO du 8 juillet 2011, p. 11826.

³⁵⁷ L. LAMBERT-GARREL, N. MILLAIRE, J. ROMANO, « Un projet de loi enfin adopté ! », RDS n° 43, septembre 2011, p.537 et s.

³⁵⁸ CSP, art. L. 1131-1-2.

³⁵⁹ La loi du 7 juillet 2011 a supprimé la disposition prévoyant que « *le fait pour le patient de ne pas transmettre l'information relative à son anomalie génétique dans les conditions prévues au troisième alinéa ne peut servir de fondement à une action en responsabilité à son encontre* ». (CSP, art. L. 1131-1 al. 5 ancien)

à une consultation génétique³⁶⁰. Il importe de noter que le nouveau dispositif n'accorde que très peu de place au représentant légal. Le rôle de celui-ci semble limité à la communication des coordonnées des membres de la famille éventuellement concernés³⁶¹.

144. Par ailleurs, pour anticiper un problème de fertilité, il est possible de recueillir et de conserver des gamètes ou des tissus germinaux qui seront utilisés ultérieurement dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation. Cette possibilité est ouverte à « *toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée* »³⁶². Cet acte est subordonné au consentement de la personne et à celui, le cas échéant de son tuteur³⁶³.

145. Ne peut bénéficier d'une assistance médicale à la procréation qu'un couple, composé d'un homme et d'une femme, en âge de procréer, vivants et partageant une communauté de vie³⁶⁴. L'insémination post-mortem est interdite³⁶⁵. Une équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire est chargée de vérifier la motivation du couple et de lui rappeler les possibilités qui existent en matière d'adoption³⁶⁶.

146. Préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination, les deux membres du couple doivent consentir³⁶⁷. Il n'existe pas en la matière, de disposition spécifique au majeur protégé. De même, il n'existe pas de disposition spécifique pour le consentement à la recherche sur les embryons surnuméraires³⁶⁸ ou pour l'accueil de l'embryon par un autre couple³⁶⁹. Il convient donc d'appliquer le droit commun de la protection de la personne. En l'absence d'une mesure de protection en matière personnelle, le majeur protégé décide seul. Il recevra l'assistance ou la représentation de l'organe de protection, si le juge des tutelles l'a prévue. Il importe toutefois de relever la possible existence d'un conflit d'intérêt lorsque la protection est dévolue au conjoint. En effet celui-ci serait amené à consentir pour

³⁶⁰ CSP, art. L. 1131-1-2.

³⁶¹ Dans le dispositif issu de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (JO du 7 août 2004, p. 14040), le tuteur avait le pouvoir d'informer les membres de la famille. (CSP, art. L. 1131-1 al. 3 ancien)

³⁶² CSP, art. L. 2141-11.

³⁶³ CSP, art. L. 2141-11.

³⁶⁴ CSP, art. L. 2141-2 al. 2.

³⁶⁵ CSP, art. L. 2141-2 al. 2.

³⁶⁶ CSP, art. L. 2141-10.

³⁶⁷ CSP, art. L. 2141-2 al. 2.

³⁶⁸ CSP, art. L. 2141-3.

³⁶⁹ CSP, art. L. 2141-5.

les deux membres du couple, pour lui-même et en représentation de son conjoint. Pour un tel acte, il est opportun de laisser intervenir le protecteur subrogé ou de désigner un protecteur *ad hoc*. Certains auteurs considèrent que le consentement donné à la phase clinique, c'est-à-dire celle du recueil et de la conservation des gamètes, vaut consentement à la phase biologique³⁷⁰. Toutefois, il convient de remarquer qu'il s'agit de deux phases distinctes et qui peuvent être espacées dans le temps. Ainsi, il se peut qu'une mesure de protection soit ouverte entre le consentement à la phase biologique et la phase clinique. Cette assimilation des consentements semble contraire au principe de la nécessité d'assentiment à chaque acte médical. En outre, pendant la phase clinique peuvent être envisagées des hypothèses qui n'ont pas nécessairement été abordées lors de la phase biologique. En effet, pendant la phase biologique, le couple s'inscrit dans un projet parental pour lui et ne pense pas forcément à la question du devenir des embryons surnuméraires.

CONCLUSION DU CHAPITRE

147. La protection du corps du majeur protégé est assurée par de nombreuses dispositions du Code de la santé publique. Ces dispositions concernent les actes médicaux thérapeutiques, mais également des actes non thérapeutiques tels que les prélèvements, la recherche biomédicale et divers actes relatifs à la procréation. La protection du corps du majeur protégé est également assurée par le Code civil. L'articulation entre la protection assurée par le Code de la santé publique et celle prévue par le Code civil n'est pas aisée. Plusieurs interprétations possibles ont été envisagées et, nous avons retenu celle qui était la plus protectrice de la personne et conforme à la nouvelle philosophie de la protection du majeur en matière personnelle.

Il est regrettable que le législateur n'ait pas créé de véritable régime de protection du majeur en matière d'actes médicaux. Le législateur en droit de la santé a mis en place au gré d'interventions successives un régime de protection sans véritable cohérence, et le législateur en droit civil n'a pas évoqué expressément le cas des actes médicaux, mais a fait référence aux dispositions particulières prévues dans d'autres codes.

³⁷⁰MERRIEN V., CHEVALIER P., LAUBARD J. ..et al., *Personnes vulnérables et domaine médical. Quels sont leurs droits ?*, UNAPEI et Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, coll. Les Guides de l'AP-HP, 2007.

Par ailleurs, il est également regrettable que le législateur n'ait pas prévu de disposition spécifique à l'interruption de grossesse de la majeure sous curatelle. Cette absence conduit à une certaine insécurité juridique dans un domaine qui impose une prise de décision rapide. En revanche, l'encadrement de la pratique de la stérilisation à visée contraceptive doit être salué même si malheureusement en pratique certains établissements ou la famille semblent encore méconnaître les règles légales.

De nombreuses dispositions permettent ainsi d'assurer la protection du corps du majeur protégé. Il convient dès à présent, de se demander si une telle protection est prévue pour le corps de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement et de comparer les deux corpus normatifs pour pouvoir déterminer si l'un des deux statuts est plus protecteur que l'autre.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DU CORPS DU MAJEUR FAISANT L'OBJET DE SOINS PSYCHIATRIQUES

148. La loi 5 juillet 2011³⁷¹ a substitué la notion de soins psychiatriques sans consentement à celle d'hospitalisation sous contrainte³⁷². Désormais, l'hospitalisation complète n'est plus le seul mode de prise en charge. La nouvelle loi développe d'autres formes de prises en charge telles que les soins ambulatoires qui peuvent comporter des soins à domicile, ou les séjours en établissement³⁷³.

149. Le Conseil constitutionnel dans ses décisions du 26 novembre 2010 et 9 juin 2011 rappelle *« qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »*³⁷⁴.

La protection du corps du majeur faisant l'objet de soins psychiatriques est assurée par l'encadrement des mesures de soins psychiatriques (section 1) et par l'encadrement des soins (section 2).

³⁷¹Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

³⁷²V. AVENA-ROBARDET, « La loi relative aux soins psychiatriques », AJ Famille 2011 p. 345 ; A. MIRKOVIC, « Soins psychiatriques : une adoption dans l'urgence ! », JCP G, AR, p. 847.

³⁷³CSP, art. L. 3211-2-1.

³⁷⁴Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE. (cons. 16)

Cons. const., décision n° 2011-135/140, QPC, 9 juin 2011, AJDA 2011 p. 1177, obs. S. BRONDEL ; JCP ACT 2011, act. 455, aperçu rapide E. PECHILLON. (cons. 7)

Section 1 : La protection du corps par l'encadrement des mesures de soins psychiatriques

150. L'hospitalisation sous contrainte constitue un enfermement de la personne sans son consentement. Il était donc nécessaire d'encadrer cette mesure. La loi du 27 juin 1990³⁷⁵ a consacré le mode d'hospitalisation libre qui n'était pas prévu par la loi du 30 juin 1838³⁷⁶ sur les aliénés³⁷⁷ et ne conçoit l'hospitalisation sans consentement que comme une exception³⁷⁸. La Loi du 5 juillet 2011 a réaffirmé le principe d'exception de l'hospitalisation sous contrainte³⁷⁹. Elle a maintenu les deux régimes d'hospitalisation sous contrainte ainsi que les procédures d'urgence.

Les mesures de soins psychiatriques sont encadrées tant au niveau de l'admission (§ 1) qu'au niveau du maintien et la mainlevée (§2)

Paragraphe 1 : L'encadrement de l'admission en soins psychiatriques

151. Afin de prévenir les abus des mesures de soins sans consentement, le législateur a prévu des conditions de fond (I) et de forme (II) pour les différents modes de soins psychiatriques.

I- Les conditions de fond des soins psychiatriques sans consentement

152. Les conditions de fond différent selon le mode d'hospitalisation. Il convient de distinguer les conditions selon que l'hospitalisation est prononcée par le directeur de l'établissement (A) ou décidée par le Préfet (B)

³⁷⁵ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JO du 30 juin 1990, p. 7664.

³⁷⁶ Loi n° 7443 du 30 juin 1838, sur les aliénés, bulletin des lois, n° 581, p. 1005 ; recueil Duvergier, p. 490.

³⁷⁷ J. STARK et C. MAUGEY, *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte*, préf. J.-C. MAGENDIE, L'harmattan, coll. La Justice au Quotidien, Paris, 2009, p. 22.

³⁷⁸ CSP, art. L. 3211-1.

³⁷⁹ CSP, art. L. 3211-2 al. 2.

A) Les soins psychiatriques sans consentement à la demande d'un tiers et pour péril imminent

Il convient de présenter successivement les deux modes d'admission prononcés par le directeur de l'établissement : à la demande d'un tiers (1) et pour péril imminent (2).

1) L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers

153. Aux termes de l'article L. 3212-1 du Code de la santé publique, l'admission en soins psychiatriques sur demande d'un tiers n'est possible que si les troubles mentaux de la personne « *rendent impossible son consentement* » et que si « *son état mental impose des soins immédiats assortis soit d'une surveillance médicale constante justifiant une hospitalisation complète, soit d'une surveillance médicale régulière justifiant une prise en charge sous la forme mentionnée au 2° de l'article L. 3211-2-1.* ». Ainsi, trois conditions liées à l'état de la personne sont indispensables.

154. La première condition est relative à l'existence du trouble mental. La Haute autorité de santé propose pour apprécier la sévérité des troubles mentaux et la nécessité de soins immédiats de rechercher un risque suicidaire, un risque d'atteinte potentielle à autrui, une prise d'alcool ou de toxiques associée, un délire ou des hallucinations, des troubles de l'humeur et le degré d'incurie³⁸⁰.

155. La deuxième condition consistant en l'impossibilité de consentir était identique sous l'empire de la loi du 27 juin 1990. Elle se comprend aisément car le principe du consentement est fondamental. Les exceptions doivent être entendues restrictivement. La Haute autorité de santé évalue la capacité à consentir de la personne à partir de cinq critères : la capacité à recevoir une information adaptée, la capacité à comprendre et à écouter, la capacité à raisonner, la capacité à exprimer librement sa décision et la capacité à

³⁸⁰HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 11.

maintenir sa décision dans le temps³⁸¹. Il convient toutefois de préciser que l'hospitalisation à la demande du tuteur est assimilée à une hospitalisation libre³⁸². Conformément au droit commun des actes médicaux, le consentement du majeur protégé est recherché mais le consentement du tuteur est nécessaire pour une hospitalisation libre³⁸³.

156. La troisième condition relative au besoin de soins psychiatriques a été un peu modifiée par la loi du 5 juillet 2011. Cette loi ayant diversifié les modes de prises en charge, elle a corrélativement élargi la notion de soins psychiatriques sans consentement. Désormais, l'admission en soins psychiatriques à la demande de tiers peut être prononcée lorsque la personne a besoin de soins que ceux-ci soient dispensés lors d'une hospitalisation complète ou non. En outre, la jurisprudence antérieure à la réforme est venue préciser la notion de surveillance constante. Celle-ci ne signifie pas que la personne doit être surveillée de manière permanente « *vingt-quatre heures sur vingt-quatre* »³⁸⁴, mais qu'une « *équipe soignante, engagée dans un projet thérapeutique, devait, à tout moment, pouvoir intervenir en cas de besoin* »³⁸⁵.

157. En outre, il existe une condition liée à la personne pouvant être à l'initiative de la demande d'admission. Le tiers peut être un membre de la famille du malade ou une personne justifiant de l'existence de relations avec le malade antérieures à la demande de soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celui-ci³⁸⁶. Cette exigence de la justification de relation antérieure avec le malade a été ajoutée par la loi du 5 juillet 2011 qui

³⁸¹ HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 10.

³⁸² Nota : l'article L. 3211-2 du Code de la santé publique ne fait référence qu'au consentement de la personne lorsqu'il définit l'hospitalisation libre. L'assimilation est opérée par l'article L. 3211-1.

V. MERRIEN, P. CHEVALIER J. LAUBARD et al., *Personnes vulnérables et domaine médical. Quels sont leurs droits ?*, UNAPEI et Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, coll. Les Guides de l'AP-HP, 2007, p. 22.

C. WONG, Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs, préface B. DUBOIS, Dunod, 2009, p. 212.

³⁸³ O. DUPUY, Guide de la protection des majeurs : la réforme du 5 mars 2007 expliquée : à jour des textes d'applications, Heures de France, collection guides d'exercice professionnel des établissements sanitaires et médico-sociaux, 2009, p. 129.

³⁸⁴ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, vol. 1 Le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique, préf. T. DOURAKI, éd. CTNERHI, 2002, p. 47 ; C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 31.

³⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1999, Bull. civ. I, n° 274.

³⁸⁶ CSP, art. L. 3212-1 II 1°.

a repris *in extenso* la définition du tiers retenue par le Conseil d'Etat³⁸⁷. La Haute juridiction administrative avait ainsi mis fin à la pratique qui consistait à solliciter le personnel non-soignant de l'établissement pour demander l'hospitalisation. En revanche, le tiers ne peut toujours pas être un personnel soignant exerçant dans l'établissement prenant en charge la personne. Par ailleurs, la réforme permet au tuteur ou au curateur du majeur protégé de faire la demande de soins psychiatriques s'il est membre de la famille ou entretenait des liens avec la personne protégée avant la demande³⁸⁸. Une place est donc laissée à la personne assurant la protection en tant que tiers et non pas seulement en tant qu'organe de la mesure de protection³⁸⁹.

158. Par ailleurs, il existe une procédure d'urgence. Sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, en matière d'hospitalisation à la demande d'un tiers, l'urgence supposait un «*péril imminent pour la santé du malade*»³⁹⁰. La loi du 5 juillet 2011 a légèrement modifié cette notion pour qu'elle ne se confonde pas avec l'hospitalisation pour péril imminent qu'elle a instaurée. Se faisant, la loi a consacré l'interprétation du péril imminent faite par la Haute autorité de santé selon laquelle il s'agit d'un «*risque de dégradation grave de l'état de la personne en l'absence d'hospitalisation*»³⁹¹. Désormais, la procédure d'urgence s'applique lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade³⁹².

³⁸⁷ CE, 3 décembre 2003, req. n° 244867, CHS de Caen.

³⁸⁸ Rapport n° 3189 de M. Guy LEFRAND, fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 mars 2011, p. 111.

³⁸⁹ Rapport n° 3189 de M. Guy LEFRAND, p. 122.

Voir également rapport n° 3445 de M. Guy LEFRAND, fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 mai 2011, p. 32.

Nota : L'amendement n° COM-207 (n° 24 lors des débats devant le Sénat) présenté par M. Jean-René LE CERF, au nom de la Commission des lois, n'envisage l'intervention du tuteur ou du curateur qu'en qualité et non à titre personnel. Cet amendement a été adopté lors des travaux de la commission des affaires sociales du Sénat (rapport n° 487 de Mme Muguette DINI, fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge enregistré à la présidence du Sénat le 3 mai 2011, p. 43.) et par le Sénat lors des débats du 11 mai 2011. Par conséquent, la référence à l'intervention à titre personnel mentionnée dans le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale (texte n° 623 adopté le 22 mars 2011) a été supprimée.

³⁹⁰ CSP, art. L. 3212- 3 (ancien).

³⁹¹ HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 7.

³⁹² CSP, art. L. 3212- 3 al. 1.

2) L'admission en soins psychiatriques pour péril imminent

159. La loi du 5 juillet 2011 a institué l'admission en soins psychiatriques pour péril imminent. Cette nouvelle possibilité de soins psychiatriques permet au directeur de prononcer l'admission de la personne sans la demande d'un tiers. Elle permettra la prise en charge de personnes désocialisées. Cette procédure présente un caractère exceptionnel et n'est applicable que lorsqu'il est impossible de trouver un tiers susceptible de faire la demande³⁹³.

160. Pour prononcer l'hospitalisation pour péril imminent, il est nécessaire que les trois conditions relatives à l'admission à la demande d'un tiers soient réunies et que de surcroît il existe un péril imminent pour la santé de la personne³⁹⁴.

B) L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat

161. La loi du 5 juillet 2011 a substitué la notion d'admission sur décision du représentant de l'Etat à celle d'hospitalisation d'office. La philosophie de cette modalité d'admission n'a pas été modifiée ; elle n'est pas uniquement sanitaire mais vise à préserver un équilibre entre santé, sécurité et liberté.

162. Aux termes de l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique, l'hospitalisation d'office est prononcée par arrêté du Préfet du département (ou à Paris par le Préfet de police³⁹⁵), lorsque les troubles mentaux de la personne « *nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public.* »³⁹⁶ Il convient de souligner que la loi du 27 juin 1990 est venue renforcer les conditions de fond de l'hospitalisation sous contrainte en substituant le temps du présent à celui du conditionnel auparavant utilisé³⁹⁷. En effet, la loi du 30 juin 1838 permettait de placer d'office les personnes dont l'état d'aliénation « *compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes* ». La loi du 5 juillet 2011 n'a pas modifié les conditions de fond de

³⁹³ Rapport n° 3189 de M. Guy LEFRAND, p. 7 et 112.

³⁹⁴ CSP, art. L. 3212- 1 II 2°.

³⁹⁵ CSP, art. L. 3213-10.

³⁹⁶ La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO du 5 mars 2002, p. 4118) a modifié les conditions de l'hospitalisation d'office en ajoutant le critère de la nécessité des soins et en imposant que les troubles compromettent de façon « grave » l'ordre public.

³⁹⁷ C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p.44

l'hospitalisation d'office. A la différence de la mesure d'admission sur demande d'un tiers ou pour péril imminent, l'admission en soins psychiatriques par décision du Préfet n'est pas uniquement conçue pour protéger la personne. Elle a également une finalité sécuritaire pour la société.

163. En outre, l'admission par décision du préfet peut intervenir à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental³⁹⁸ ou pour des détenus atteints de troubles mentaux³⁹⁹. Le premier type d'admission est subordonné aux mêmes conditions que l'hospitalisation d'office de droit commun, c'est-à-dire la nécessité des soins et la dangerosité pour autrui ou la sécurité publique. Il suppose également une décision ou une déclaration d'irresponsabilité pénale fondée sur l'article 122-1 du Code pénal. Les conditions relatives à l'hospitalisation psychiatrique d'un détenu sont un mélange des conditions relatives à l'hospitalisation à la demande d'un tiers et à l'hospitalisation d'office. En effet, l'état de la personne détenue doit nécessiter « *des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier en raison de troubles mentaux rendant impossible son consentement et constituant un danger pour elle-même ou pour autrui* »⁴⁰⁰.

164. Par ailleurs, il existe une procédure d'urgence initiée par le maire (ou à Paris, par les commissaires de police). L'urgence nécessite un « *danger imminent pour la sûreté des personnes* »⁴⁰¹. L'angle d'approche de la notion de danger, n'est donc pas le même que celui utilisé pour l'admission à la demande d'un tiers. La procédure d'urgence qui peut prendre la forme d'une admission en soins psychiatrique est subordonnée à l'existence d'un comportement qui révèle des troubles mentaux manifestes de la personne. Cette procédure d'urgence est incluse dans la catégorie des admissions en soins psychiatriques sur décision du Préfet car à l'issue de la mesure provisoire prise par le maire (ou le commissaire de police

³⁹⁸ CSP, art. L. 3213-7 et CPP, art. 706-135.

Voir les développements infra n° 724.

Nota : depuis la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental (JO du 26 février 2008, p. 3266), le juge judiciaire dispose lui aussi du pouvoir de prononcer l'hospitalisation d'office de la personne déclarée irresponsable pénalement.

³⁹⁹ CSP, art. L. 3214-3.

⁴⁰⁰ CSP, art. L. 3214-3.

⁴⁰¹ CSP, art. L. 3213-2.

à Paris), il revient au représentant de l'Etat dans le département de prononcer l'admission. L'autorité locale dispose de vingt-quatre heures pour informer le Préfet.

II- Les conditions de forme de l'admission en soins psychiatriques sans consentement

Les conditions de forme concernent les modalités de l'admission (A) et les certificats médicaux (B).

A) Les modalités de l'admission en soins psychiatriques sans consentement

165. La demande d'un tiers doit prendre la forme d'un écrit contenant la formulation de la demande d'admission en soins psychiatriques, les nom, prénoms, date de naissance et domicile de la personne qui demande les soins et de celle pour laquelle ils sont demandés, et le cas échéant, leur degré de parenté ou la nature des relations existant entre elles avant la demande de soins, la date et la signature de l'auteur de la demande⁴⁰². Si le tiers ne sait pas ou ne peut pas écrire, la demande est reçue par le maire, le commissaire de police ou le directeur de l'établissement qui en donne acte⁴⁰³. La loi du 5 juillet 2011 a permis de clarifier le rôle du tiers qui est désormais demandeur aux soins mais qui n'a plus à se prononcer sur les modalités des soins⁴⁰⁴. Il convient de relever qu'il est souhaitable que la personne qui fait la demande se déplace⁴⁰⁵. En effet, la présence du tiers permet au directeur de l'établissement de vérifier l'identité de la personne qui formule la demande de soins⁴⁰⁶. En outre, le tuteur ou le curateur doit fournir un extrait du jugement de mise sous tutelle ou curatelle⁴⁰⁷. Il convient de préciser que l'admission elle-même est prononcée par le directeur de l'établissement.

⁴⁰² CSP, art. R. 3212-1.

⁴⁰³ Ibid.

⁴⁰⁴ Voir exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁴⁰⁵ HAS, recommandations sur les modalités de prise de décision concernant l'indication en urgence d'une hospitalisation sans consentement d'une personne présentant des troubles mentaux, avril 2005, p. 13.

A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, vol. 1 Le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique, préf. T. DOURAKI, éd. CTNERHI, 2002, p. 49.

⁴⁰⁶ CSP, art. L. 3212-2 et L. 3212-3 al. 2.

⁴⁰⁷ CSP, art. L. 3212-2 et L. 3212-3 al. 2.

166. En outre, il convient de préciser que le directeur de l'établissement doit informer certains tiers de l'admission en soins sans consentement qu'il prononce. Quel que soit le cadre de l'admission prononcée par le directeur d'établissement, celui-ci doit informer, sans délai le Préfet (à Paris le préfet de police) et la Commission départementale des soins psychiatriques, et leur communiquer une copie des certificats médicaux et du bulletin d'entrée⁴⁰⁸. Dans le cadre de la procédure d'admission à la demande d'un tiers, de droit commun ou d'urgence, ou pour péril imminent, le directeur de l'établissement doit informer le procureur de la République du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, de l'identité, de la profession et de l'adresse du malade, ainsi que celles, le cas échéant, du tiers demandeur⁴⁰⁹. Dans le cadre de la procédure d'admission pour péril imminent, le directeur de l'établissement d'accueil doit, dans un délai de vingt-quatre heures, sauf difficultés particulières, informer « *la famille de la personne qui fait l'objet de soins et, le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique de l'intéressé ou, à défaut, toute personne justifiant de l'existence de relations avec la personne malade antérieures à l'admission en soins et lui donnant qualité pour agir dans l'intérêt de celle-ci* »⁴¹⁰. Ainsi, parallèlement à la création de la possibilité d'admettre une personne sans tiers, la loi du 5 juillet 2011 a également prévu une information des tiers habilités à demander les soins.

167. L'admission en soins psychiatriques sur décision du Préfet, prend la forme d'un arrêté préfectoral. Il doit être motivé, énoncer avec précision les circonstances qui ont rendu l'admission en soins nécessaire et désigner l'établissement qui assure la prise en charge de la personne⁴¹¹.

168. Dans les vingt-quatre heures qui suivent l'admission, le Préfet doit informer le procureur de la République du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, le maire du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de

⁴⁰⁸ CSP, art.L. 3212-5 I.

⁴⁰⁹ CSP, art. L. 3212-5 II.

⁴¹⁰ CSP, art.L. 3212-1 II 2°.

⁴¹¹ CSP, art.L. 3213-1 et L. 3214-3 al. 3.

l'établissement, la commission départementale des soins psychiatriques, la famille du patient, et le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique du patient⁴¹².

B) Les certificats médicaux initiaux aux soins psychiatriques sans consentement

169. La protection de la personne et de son corps, est assurée par l'exigence de plusieurs certificats médicaux. Ceci se vérifie qu'il s'agisse d'une admission à la demande d'un tiers ou pour péril imminent (1), ou sur décision du préfet (2).

1) Les certificats initiaux à l'admission à la demande d'un tiers ou pour péril imminent

170. Afin de limiter les placements abusifs, la demande du tiers doit, en principe⁴¹³, être accompagnée de deux certificats médicaux circonstanciés⁴¹⁴ datant de moins de quinze jours, constatant l'état mental de la personne malade, et indiquant les caractéristiques de sa maladie et la nécessité de recevoir des soins⁴¹⁵.

171. Dans le dessein de garantir l'impartialité, la Loi exige que le premier certificat n'émane pas d'un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil et que les médecins établissant les certificats médicaux n'entretiennent aucun lien de parenté entre eux, avec le directeur de l'établissement d'accueil, la personne ayant demandé l'hospitalisation ou la personne hospitalisée⁴¹⁶. Dans sa décision du 26 novembre 2011, le Conseil constitutionnel, statuant sur le dispositif antérieur à la loi du 5 juillet 2011, a considéré que la diversité des

⁴¹² CSP, art. L. 3213-9.

⁴¹³ L'article L. 3212-3 du Code de la santé publique admet « à titre exceptionnel et en cas de péril imminent pour la santé du malade dûment constaté par le médecin », la possibilité d'hospitaliser une personne au vu d'un seul certificat médical et même si celui-ci est établi par un médecin de l'établissement d'accueil.

⁴¹⁴ Le projet de loi avait souhaité fusionner la procédure d'urgence et la procédure à la demande d'un tiers en n'exigeant qu'un seul certificat médical pour les deux procédures. Suite à la décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010, le gouvernement a adressé une lettre rectificative au projet de loi pour réintroduire l'exigence des deux certificats médicaux. L'amendement n° AS 89 présenté par M. Guy LEFRAND et adopté par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a réintroduit la procédure d'urgence. (Rapport n° 3189 de M. Guy LEFRAND, p. 281.

V. Projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, présenté par le ministre de la santé et des sports le 5 mai 2010, (art. 2) et les motifs du projet de loi.

⁴¹⁵ CSP, art. L. 3212-1 II 1°.

⁴¹⁶ CSP, art. L. 3212-1 III 1°.

certificats requis à l'hospitalisation sans consentement et les conditions relatives aux médecins les établissant, offraient des garanties suffisantes⁴¹⁷.

172. A titre exceptionnel, en cas d'urgence, lorsqu'il existe un risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade, le directeur de l'établissement peut prononcer l'admission à la demande d'un tiers à la vue d'un seul certificat médical qui peut éventuellement être établi par un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil⁴¹⁸.

173. L'admission en cas de péril imminent nécessite un certificat médical attestant du péril pour la santé de la personne, constatant l'état mental de la personne malade, et indiquant les caractéristiques de sa maladie et la nécessité de recevoir des soins⁴¹⁹. Le médecin qui établit ce certificat ne doit pas exercer dans l'établissement d'accueil et ne doit pas être parent ou allié avec le directeur de l'établissement ni avec le malade.

2) Les certificats initiaux à l'admission sur décision du Préfet

174. Pour l'admission sur décision du Préfet, un seul certificat médical circonstancié est exigé, qu'il s'agisse de l'admission de droit commun⁴²⁰, de l'admission faisant suite à une déclaration d'irresponsabilité pénale prononcée par l'autorité judiciaire⁴²¹ ou de l'admission d'un détenu atteint de trouble mental⁴²². Ce certificat ne peut être établi par un médecin exerçant dans l'établissement d'accueil⁴²³.

175. La seule hypothèse dans laquelle il pouvait ne pas y avoir de certificat médical, était celle des mesures provisoires d'urgence prises par le maire (à Paris par les commissaires de police) lorsque le comportement de la personne révèle des troubles mentaux manifestes⁴²⁴.

⁴¹⁷Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE. (cons. 18 et 19)

⁴¹⁸ CSP, art. L. 3212-3.

⁴¹⁹ CSP, art. L. 3212-1 II 2°.

⁴²⁰ CSP, art. L. 3213-1.

⁴²¹ CSP, art. L. 3213-7.

⁴²² CSP, art. L. 3214-3 al. 1.

⁴²³ CSP, art. L. 3213-1 et L. 3214-3 al. 1.

⁴²⁴ CSP, art. L. 3213-2.

Dans cette hypothèse, la notoriété publique, suppléait à l'absence de certificat médical. La loi du 5 juillet 2011 a maintenu cette possibilité. Cependant, dans sa décision du 6 octobre 2011, le Conseil constitutionnel après avoir reconnu la compétence du maire ou des commissaires de police à Paris, a considéré « *qu'en permettant qu'une telle mesure puisse être prononcée sur le fondement de la seule notoriété publique, les dispositions de cet article n'assurent pas qu'une telle mesure est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état du malade ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public ; que, par suite, les mots : « ou, à défaut, par la notoriété publique » doivent être déclarés contraires à la Constitution* »⁴²⁵.

176. Désormais, le certificat médical est obligatoire pour toutes les décisions d'admission en soins psychiatriques sur décision du Préfet.

Paragraphe 2 : L'encadrement du déroulement et de la levée des mesures de soins psychiatriques

Le déroulement de la mesure de soins psychiatriques est encadré au niveau du choix de la modalité de la prise en charge, du maintien des soins (I) mais également au niveau de la mainlevée de la mesure (II).

I- Le choix de la modalité de prise en charge et le maintien des soins psychiatriques sans consentement

Le choix du mode de prise en charge a lieu à l'issue d'une période d'observation de soixante-douze heures (A) et la maintien de la mesure suppose le respect de plusieurs formalités (B).

A) La période d'observation de soixante-douze heures

177. La période d'observation de soixante-douze heures est une innovation de la loi du 5 juillet 2011. Il convient de relever qu'une telle période avait été souhaitée par l'IGAS et

Il convient de souligner qu'il s'agit de mesures provisoires et que le maire doit, dans les vingt-quatre heures qui suit la décision, en référer au Préfet du département qui prononcera, s'il y a lieu, un arrêté d'hospitalisation d'office.

⁴²⁵Cons. const., décision n°2011-174, QPC, 6 octobre 2011, AJDA 2011, p. 1927. (cons. 10)

l'IGSJ⁴²⁶. Toute mesure de soins sans consentement commence par une phase d'hospitalisation complète⁴²⁷ permettant d'observer l'état du malade et de lui dispenser des soins. Cette phase a été qualifiée par certains de garde à vue psychiatrique⁴²⁸.

Pendant cette phase d'observation, plusieurs certificats médicaux doivent être établis (1) et à l'issue de celle-ci, intervient, le cas échéant, le choix du mode de prise en charge (2).

1) Les certificats médicaux

178. Dans les vingt-quatre heures qui suivent l'admission de la personne en soins psychiatrique, un médecin doit réaliser un examen somatique complet de la personne et un psychiatre de l'établissement d'accueil doit établir un certificat médical constatant son état mental et confirmant ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques au regard des conditions d'admission⁴²⁹. Pour garantir l'impartialité du médecin spécialiste, il est prévu que le psychiatre qui établit le certificat médical doit être différent de celui qui a réalisé un des certificats médicaux initiaux⁴³⁰.

179. Il convient de relever que le certificat médical immédiat existait déjà sous l'empire de la loi du 29 juin 1990. Ce certificat était primordial dans le cadre de l'hospitalisation à la demande d'un tiers⁴³¹ car la non confirmation des certificats initiaux conduisait à la levée de l'hospitalisation⁴³². Dans le cadre de l'hospitalisation d'office, le certificat médical permettait simplement de proposer au Préfet la mainlevée de la mesure⁴³³.

180. L'importance du certificat vingt-quatre heures est maintenue par la réforme, puisque lorsqu'il conclut que l'état de la personne ne justifie plus la mesure de soins, le directeur de

⁴²⁶IGAS et IGSJ, Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, mai 2005, p. 57 et s.

⁴²⁷CSP, art. L. 3211-2-2 al. 1.

⁴²⁸V. en ce sens les observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, p. 2.

⁴²⁹CSP, art. L. 3211-2-2 al. 2.

⁴³⁰CSP, art. L. 3211-2-2 al. 2

⁴³¹CSP, art. L. 3212-4 ancien.

⁴³²A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, vol. 1 Le régime médico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique, préf. T. DOURAKI, éd. CTNERHI, 2002, p. 58 ; C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 68.

⁴³³CSP, art. L. 3213-1 al. 2 ancien.

l'établissement prononce immédiatement la levée de la mesure lorsque la personne a été admise à la demande d'un tiers ou pour péril imminent⁴³⁴.

181. Dans les soixante-douze heures de l'admission, un autre certificat médical doit être établi. Il doit constater l'état mental de la personne et confirmer ou non la nécessité de maintenir les soins psychiatriques⁴³⁵. L'exigence de ce certificat a été créée par la loi du 5 juillet 2011. De la même manière que pour le certificat de vingt-quatre heures, le directeur de l'établissement doit immédiatement prononcer la levée de la mesure intervenue à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, si le certificat conclut à l'absence de nécessité du maintien des soins⁴³⁶. Il convient de préciser que dans le cadre d'une procédure à la demande d'un tiers en urgence ou en cas de péril imminent, le psychiatre qui établit le certificat médical de soixante-douze heures, ne doit pas être celui qui a établi le certificat de vingt-quatre heures⁴³⁷ ou le certificat initial⁴³⁸. En outre, lorsque l'admission sur décision du Préfet intervient à la suite d'une mesure à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, c'est-à-dire lorsqu'un psychiatre de l'établissement certifie ou avise que l'état mental du patient nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, le médecin qui établit le certificat médical soixante-douze heures, ne peut être celui qui a établi le certificat médical de vingt-quatre heures⁴³⁹.

182. Par ailleurs, dans le cadre d'une admission sur décision du Préfet, les certificats et avis médicaux lorsqu'ils concluent à la nécessité de lever une mesure d'hospitalisation complète, doivent être motivés au regard des soins nécessités par les troubles mentaux de la personne intéressée mais également au regard des incidences éventuelles de ces troubles sur la sûreté des personnes⁴⁴⁰.

⁴³⁴ CSP, art. L. 3212-4 al. 1.

⁴³⁵ CSP, art. L. 3211-2-2 al. 3.

⁴³⁶ CSP, art. L. 3212-4 al. 1.

⁴³⁷ CSP, art. L. 3212-1 II in fine et L. 3212-3 al. 1.

⁴³⁸ CSP, art. L. 3211-2-2 al. 2.

⁴³⁹ CSP, art. L. 3213-6.

⁴⁴⁰ CSP, art. R. 3213-3 al. 2.

2) Le choix du mode de prise en charge

183. Avant l'expiration de la période d'observation, lorsque le certificat médical de vingt-quatre heures et le certificat médical soixante-douze heures concluent tous les deux à la nécessité de maintenir les soins psychiatriques, un psychiatre de l'établissement d'accueil doit, dans un avis motivé, proposer la forme de prise en charge et, le cas échéant, le programme de soins⁴⁴¹.

184. Lorsque les deux certificats médicaux ont conclu à la nécessité de prolonger les soins, le directeur de l'établissement prononce le maintien des soins intervenus à la demande d'un tiers ou pour péril imminent. Il doit retenir la forme de la prise en charge proposée par le psychiatre et le cas échéant, joindre à sa décision, le programme de soins établi par le psychiatre⁴⁴².

185. Par ailleurs, dans les trois jours francs suivant la réception du certificat médical de soixante-douze heures, le Préfet doit décider de la forme de prise en charge des soins psychiatriques, en tenant compte de l'avis motivé établi, le cas échéant, par le psychiatre et des exigences liées à la sûreté des personnes et à l'ordre public⁴⁴³. Dans ce cas de figure, il joint à sa décision le programme de soins établi par le psychiatre. En outre, lorsque la prise en charge prend une forme autre que l'hospitalisation complète, le Préfet est tenu d'en informer le procureur de la République du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, le maire du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, la commission départementale des soins psychiatriques, la famille du patient, et le cas échéant, la personne chargée de la protection juridique du patient⁴⁴⁴.

186. Pendant le délai de la prise de décision du directeur de l'établissement ou du Préfet, la personne reste en hospitalisation complète⁴⁴⁵. Il convient de relever que dans le choix du mode de prise en charge, le directeur de l'établissement doit se conformer à l'avis du psychiatre, alors que le Préfet dispose d'un pouvoir d'appréciation. Cette différence

⁴⁴¹CSP, art. L. 3211-2-2 al. 4.

⁴⁴²CSP, art. L. 3212-4 al. 2.

⁴⁴³CSP, art. L. 3213-1 II.

⁴⁴⁴CSP, art. L. 3213-9.

⁴⁴⁵CSP, art. L. 3212-4 al. 3 et L. 3213-1 II.

s'explique par l'objectif de protection de la sûreté des personnes et de l'ordre public, poursuivi par la décision du représentant de l'Etat.

187. Il convient de préciser que pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier, c'est-à-dire admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an⁴⁴⁶, ainsi que pour les personnes ayant fait l'objet d'un tel suivi particulier il y a moins de dix ans, la prise en charge sous une forme autre que l'hospitalisation complète, doit être précédée d'un avis du collègue⁴⁴⁷.

188. Le mode de prise en charge peut évoluer. Le psychiatre prenant en charge le patient peut proposer, sur la base d'un certificat médical circonstancié, une modification du mode de prise en charge⁴⁴⁸. Cette proposition devient obligatoire lorsque le comportement de la personne ne permet plus de dispenser des soins hors du cadre d'une hospitalisation complète⁴⁴⁹. Le directeur de l'établissement doit se conformer à l'avis du psychiatre⁴⁵⁰, alors que le Préfet peut, dans un premier temps, refuser de suivre l'avis du psychiatre⁴⁵¹. En outre, une prise en charge en hospitalisation complète peut prendre une autre forme à la suite d'une décision du juge des libertés et de la détention. En effet, ce dernier peut reporter les effets de la décision de mainlevée de l'hospitalisation de vingt-quatre heures pour permettre l'élaboration d'un programme de soins⁴⁵². Afin d'assurer la continuité des soins, lorsque la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète est acquise faute de décision du juge

⁴⁴⁶ CSP, art. R. 3222-9.

⁴⁴⁷ CSP, art. L. 3213-1 III.

⁴⁴⁸ CSP, art. L. 3211-11 al. 1.

⁴⁴⁹ CSP, art. L. 3211-11 al. 2.

⁴⁵⁰ CSP, art. L. 3212-4.

⁴⁵¹ L'article L. 3213-9-1 prévoit dans son premier alinéa que « Lorsque le représentant de l'Etat décide de ne pas suivre l'avis par lequel un psychiatre de l'établissement d'accueil constate qu'une mesure de soins psychiatriques sous la forme d'une hospitalisation complète n'est plus nécessaire, il en informe sans délai le directeur de l'établissement qui demande immédiatement l'examen du patient par un deuxième psychiatre. Si ce deuxième avis, rendu dans un délai maximal de soixante-douze heures après la décision du représentant de l'Etat dans le département, confirme l'absence de nécessité de l'hospitalisation complète, le représentant de l'Etat ordonne la mainlevée de cette mesure ou la mise en place d'une mesure de soins mentionnée au 2° de l'article L. 3211-2-1. »

⁴⁵² CSP, art. L. 3211-12 in fine et L. 3211-12 III.

dans le délai de quinzaine (puis semestriel), le législateur a prévu la possibilité de mettre en place un programme de soins⁴⁵³.

189. En outre, lorsque une prise en charge en hospitalisation complète évolue vers une autre forme, respectivement selon le mode d'admission, le directeur de l'établissement doit en informer le tiers à l'origine de la demande de soins⁴⁵⁴, tandis que le Préfet doit le signaler au procureur de la République du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, au maire du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, à la commission départementale des soins psychiatriques, à la famille du patient, et le cas échéant, à la personne chargée de la protection juridique du patient⁴⁵⁵.

B) Le maintien de la mesure de soins psychiatriques

190. La loi du 27 juin 1990 avait prévu des mécanismes de contrôle au cours de l'hospitalisation, notamment en exigeant une certaine fréquence aux certificats médicaux. La loi du 5 juillet 2011 a maintenu cette exigence (1) mais a également prévu une intervention du juge de la liberté et de la détention (2) et du collège (3).

1) Les certificats médicaux

191. La loi du 27 juin 1990, outre le certificat médical de vingt-quatre heures exigeait des certificats médicaux de quinzaine puis mensuels pour les hospitalisations à la demande de tiers et les hospitalisations d'office⁴⁵⁶. En matière d'hospitalisation à la demande de tiers, le délai d'un mois courrait à compter du certificat de quinzaine alors qu'en matière d'hospitalisation d'office, ce délai courrait à compter de l'hospitalisation.

192. La loi du 5 juillet 2011 a substitué au certificat de quinzaine, le certificat devant intervenir après le cinquième jour et au plus tard le huitième jour à compter de l'admission⁴⁵⁷. Ce certificat médical circonstancié doit indiquer si les soins à la demande d'un

⁴⁵³ CSP, art. L. 3211-12-5.

⁴⁵⁴ CSP, art. L. 3212-5 III.

⁴⁵⁵ CSP, art. L. 3213-9.

⁴⁵⁶ CSP, art. L. 3212-7 et L. 3213-3 anciens.

⁴⁵⁷ CSP, art. L. 3212-7 al. 1 et L. 3213-3 al. 1.

tiers ou pour péril imminent sont toujours nécessaires⁴⁵⁸, ou préciser les caractéristiques de l'évolution des troubles ayant justifié les soins sur décision du Préfet ou leur disparition⁴⁵⁹. Quel que soit le mode d'admission, le certificat doit préciser si la forme de prise en charge est toujours adaptée et, le cas échéant, en proposer une nouvelle. En outre, le législateur a précisé que s'il ne peut être procédé à l'examen de la personne malade, le psychiatre établit un avis médical sur la base du dossier médical. Puis, le certificat ou l'avis doit intervenir au moins tous les mois, et plus précisément dans les trois derniers jours de la période mensuelle.

193. Au vu de ce certificat ou de cet avis médical, le directeur de l'établissement peut décider de maintenir la mesure de soins pour une durée maximale d'un mois renouvelable tous les mois⁴⁶⁰, tandis que le Préfet peut, à l'issue du premier mois suivant la décision d'admission, prononcer le maintien de la mesure de soins pour une nouvelle durée de trois mois, puis, au-delà de cette durée, pour des périodes de six mois renouvelables⁴⁶¹. Il convient de noter que la loi du 5 juillet 2011, n'a pas modifié la périodicité des décisions de renouvellement des mesures.

194. Toutefois, il convient d'observer que certaines personnes font l'objet d'un suivi particulier, dérogatoire du droit commun des soins sur décision du Préfet. Il s'agit des personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an, ainsi que pour les personnes ayant fait l'objet d'un tel suivi particulier il y a moins de dix ans. Le préfet n'a pas à renouveler la mesure de soins psychiatriques⁴⁶². Celle-ci ne cesse que dans les conditions fixées à l'article L. 3213-8 qui exige deux certificats médicaux concordants et l'avis du collège.

195. La périodicité des décisions se prononçant sur le maintien des soins psychiatriques sans consentement constitue une garantie de la protection de la personne. S'agissant des procédures à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, l'absence de certificat médical

⁴⁵⁸ CSP, art. L. 3212-7 al. 1.

⁴⁵⁹ CSP, art. L. 3213-3 al. 1.

⁴⁶⁰ CSP, art. L. 3212-7 al. 2.

⁴⁶¹ CSP, art. L. 3213-4 al. 1.

⁴⁶² CSP, art. L. 3213-4 in fine.

dans les délais prescrit engendre la levée de la mesure de soins⁴⁶³. S'agissant des procédures sur décision du Préfet, en cas de défaut de décision dans ces délais, la mainlevée de la mesure est acquise⁴⁶⁴.

2) L'intervention de plein droit du juge des libertés et de la détention pour les mesures d'hospitalisation complète

196. Par deux arrêts des 26 novembre 2010⁴⁶⁵ et 9 juin 2011⁴⁶⁶, le Conseil constitutionnel, statuant respectivement sur la question du maintien de l'hospitalisation à la demande d'un tiers et de l'hospitalisation d'office, a considéré « *que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ; que, toutefois, les motifs médicaux et les finalités thérapeutiques qui justifient la privation de liberté des personnes atteintes de troubles mentaux hospitalisées sans leur consentement peuvent être pris en compte pour la fixation de ce délai ; qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire* » les dispositions des anciens L. 3212-7 et L. 3213-4 sont contraires à la constitution. En outre, dans la première décision, les sages ont précisé que « *ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire à ces exigences* ».

197. L'intervention de ces décisions a été prise en compte lors de l'adoption de la loi du 5 juillet 2011⁴⁶⁷. Le législateur a instauré une intervention systématique du juge des libertés et

⁴⁶³ CSP, art. L. 3212-7 al. 4.

⁴⁶⁴ CSP, art. L. 3213-4 al. 2.

⁴⁶⁵ Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE. (cons. 25 et 26)

⁴⁶⁶ Cons. const., décision n° 2011-135/140, QPC, 9 juin 2011, AJDA 2011 p. 1177, obs. S. BRONDEL ; JCP ACT 2011, act. 455, aperçu rapide E. PECHILLON. (cons. 13 et 14)

⁴⁶⁷ V. la lettre rectificative au projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

de la détention avant l'expiration du délai de quinze jours puis tous les six mois⁴⁶⁸. Ce délai court à compter de l'admission en soins psychiatriques⁴⁶⁹, et à compter de la modification de la forme de la prise en charge lorsqu'une hospitalisation complète est décidée⁴⁷⁰.

198. En matière d'hospitalisation complète prononcée par le juge judiciaire dans le cadre de l'irresponsabilité pénale pour trouble mental, le juge des libertés et de la détention n'intervient que tous les six mois⁴⁷¹. L'absence d'intervention du juge dans le délai de quinze jours suivant l'admission en hospitalisation complète, s'explique par le fait que c'est un autre juge (chambre de l'instruction ou juridiction pénale de jugement), qui en tant que juge judiciaire est également garant des libertés, a prononcé la mesure d'hospitalisation complète.

199. Par ailleurs, dès lors que le juge des libertés et de la détention a statué sur une demande de mainlevée de la mesure d'hospitalisation sous contrainte⁴⁷² ou qu'il est intervenu dans le cadre d'un désaccord entre le psychiatre et le Préfet⁴⁷³, il est saisi de plein droit dans les six mois qui suivent sa décision de rejet⁴⁷⁴.

200. Le défaut de décision du juge des libertés et de la détention dans les délais impartis, la mainlevée de l'hospitalisation complète est acquise⁴⁷⁵.

201. Il convient de relever que les délais de quinze jours et six mois sont prolongés d'une durée maximale de quatorze jours, lorsque le juge a ordonné une mesure d'expertise. Le ou les experts désignés ne doivent pas exercer dans l'établissement prenant en charge le malade et doivent rendre leur rapport dans un délai de dix jours⁴⁷⁶.

⁴⁶⁸ CSP, art. L. 3211-12-1 I.

⁴⁶⁹ CSP, art. L. 3211-12-1 I 1°.

⁴⁷⁰ CSP, art. L. 3211-12-1 I 2°.

⁴⁷¹ CSP, art. L. 3211-12-1 I 3°.

⁴⁷² CSP, art. L. 3211-12.

⁴⁷³ CSP, art. L. 3213-5.

⁴⁷⁴ CSP, art. L. 3211-12-1 I 3°.

⁴⁷⁵ CSP, art. L. 3211-12-1 IV.

⁴⁷⁶ CSP, art. R. 3211-30.

202. Dans le cadre de cette intervention de plein droit, le juge des libertés et de la détention est saisi par le directeur de l'établissement ou par le Préfet. La saisine doit intervenir trois jours avant l'expiration du délai de quinzaine et huit jours avant l'expiration du délai semestriel⁴⁷⁷. Si les délais de saisine ne sont pas respectés, sauf circonstances exceptionnelles n'empêchant pas la tenue de débats contradictoires, le juge des libertés et de la détention constate sans débat que la mainlevée de l'hospitalisation complète est acquise⁴⁷⁸.

203. Cette saisine doit être accompagnée d'un avis conjoint rendu par deux psychiatres de l'établissement d'accueil désignés par le directeur, dont un seul participe à la prise en charge du patient. Cet avis se prononce sur la nécessité de poursuivre l'hospitalisation complète⁴⁷⁹. Lorsque le patient fait l'objet d'un suivi particulier⁴⁸⁰, ou a fait l'objet d'un tel suivi il y a moins de dix ans, l'avis accompagnant la saisine est établi par le collège.

3) L'examen médical par le collège

204. Lorsque la durée des soins à compter de l'admission à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, dépasse une période continue d'un an, le collège doit réaliser une évaluation approfondie de l'état mental de la personne⁴⁸¹.

205. Le collège est composé de deux psychiatres, l'un participant à la prise en charge du patient, l'autre n'y participant pas, et d'un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient⁴⁸². Il doit examiner le patient et recueillir son avis⁴⁸³. Toutefois, en cas d'absence du patient attestée par le collège, l'évaluation et le recueil de son avis sont réalisés dès que possible. Le collège a cinq jours à compter de la date

⁴⁷⁷ CSP, art. R. 3211-27.

⁴⁷⁸ CSP, art. L. 3211-12-1 IV.

⁴⁷⁹ CSP, art. L. 3211-12-1 II

⁴⁸⁰ Un suivi particulier est prévu pour les personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an.

⁴⁸¹ CSP, art. L. 3212-7.

⁴⁸² CSP, art. L. 3211-9.

⁴⁸³ CSP, art. L. 3212-7.

de convocation, pour rendre son avis⁴⁸⁴. Il convient de relever que le défaut d'attestation entraîne la mainlevée de la mesure.

II- La mainlevée des soins psychiatriques sans consentement

206. La mainlevée des soins psychiatriques sans consentement peut être prononcée par la personne qui a prononcé l'admission (A) ou par le juge des libertés et de la détention (B).

A) La mainlevée par le directeur de l'établissement ou le Préfet

207. Le directeur de l'établissement doit prononcer la levée de la mesure de soins psychiatriques lorsque le certificat médical de vingt-quatre heures ou de soixante-douze heures conclut que l'état de la personne ne justifie plus la mesure de soins⁴⁸⁵. Une telle obligation n'est pas expressément prévue lors du certificat devant intervenir entre le cinquième et huitième jour. Cependant, le maintien de la mesure en présence d'un certificat constatant l'absence de nécessité des soins, est peu vraisemblable. Le directeur de l'établissement doit également prononcer la levée de la mesure dès qu'un psychiatre de l'établissement certifie que les conditions ayant motivé cette mesure ne sont plus réunies, dans un certificat circonstancié mentionnant l'évolution ou la disparition des troubles ayant justifié les soins⁴⁸⁶. Il est également tenu d'un tel prononcé lorsque la commission départementale des soins psychiatriques ou une personne habilitée à demander la prise en charge en tant que tiers, en fait la demande. Toutefois, lorsqu'un certificat ou un avis médical établi par un psychiatre de l'établissement et datant de moins de vingt-quatre heures atteste que l'arrêt des soins entraînerait un péril imminent pour la santé du patient, le directeur n'est pas tenu de donner une suite favorable à la demande du tiers⁴⁸⁷. En outre, si un tel certificat atteste que la personne présente un risque pour la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public, le directeur de l'établissement doit avant

⁴⁸⁴ CSP, art. R. 3211-6.

⁴⁸⁵ CSP, art. L. 3212-4 al. 1.

⁴⁸⁶ CSP, art. L. 3212-8 al. 1.

⁴⁸⁷ CSP, art. L. 3212-9.

de prononcer la levée de la mesure informer le Préfet et n'est pas tenu de répondre favorablement à la demande du tiers⁴⁸⁸.

208. Dans les vingt-quatre heures qui suivent la levée de la mesure, le directeur de l'établissement doit informer le Préfet, la commission départementale des soins psychiatriques, les procureurs de la République et le tiers à l'initiative des soins⁴⁸⁹.

209. Le Préfet (ou à Paris le préfet de police) dispose du pouvoir d'ordonner la mainlevée d'une mesure de soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou pour péril imminent lorsque les conditions justifiant l'admission ne sont plus réunies⁴⁹⁰. De même, il peut ordonner la mainlevée d'une mesure qu'il a décidée, sur proposition de la commission départementale des soins psychiatriques ou lorsqu'un psychiatre participant à la prise en charge du patient atteste que les conditions ayant justifié la mesure de soins ne sont plus réunies⁴⁹¹. Toutefois, le Préfet n'est pas tenu de se conformer immédiatement à l'avis du psychiatre, mais lorsqu'il refuse d'ordonner la mainlevée de la mesure, il doit informer le directeur de l'établissement à fin de saisine du juge des libertés et de la détention⁴⁹².

210. En outre, la mainlevée est acquise lorsque le Préfet n'a pas renouvelé la mesure dans les délais requis⁴⁹³.

211. Il convient de préciser que pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier⁴⁹⁴, ou ayant fait l'objet d'un tel suivi depuis moins de dix ans, la mainlevée est subordonnée à l'avis du collège ainsi qu'à deux avis concordants sur l'état mental du patient émis par deux psychiatres. Toutefois, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 octobre 2011, a considéré *«qu'en raison de la spécificité de la situation d'une personne ayant commis des infractions pénales en état de trouble mental, le législateur pouvait assortir de garanties particulières les conditions dans lesquelles la mesure d'hospitalisation d'office dont elle fait*

⁴⁸⁸ CSP, art. L. 3212-9.

⁴⁸⁹ CSP, art. L. 3212-8 al. 2.

⁴⁹⁰ CSP, art. L. 3212-8 al. 3.

⁴⁹¹ CSP, art. L. 3213-4 al. 3.

⁴⁹² CSP, art. L. 3213-5 al. 2.

⁴⁹³ CSP, art. L. 3213-4 al. 2.

⁴⁹⁴ Un suivi particulier est prévu pour les personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an.

l'objet peut être levée ; que, toutefois, en subordonnant à l'avis favorable de deux médecins le pouvoir du juge des libertés et de la détention d'ordonner la sortie immédiate de la personne ainsi hospitalisée, il a méconnu les exigences des articles 64 et 66 de la Constitution » et a par conséquent, déclaré l'article L. 3213-8 du Code de la santé publique contraire à la Constitution⁴⁹⁵. La loi du 5 juillet 2011, n'a pas retenu l'exigence de la concordance des certificats médicaux pour que le juge des libertés et de la détention puisse ordonner la mainlevée de l'hospitalisation complète d'une personne faisant l'objet d'un suivi particulier⁴⁹⁶. Cependant, cette loi a maintenu une telle exigence pour la mainlevée prononcée par le Préfet et a ajouté l'avis du collège. Dans sa décision du 21 octobre 2011, le Conseil constitutionnel ne statue expressément que sur le pouvoir du juge de la liberté et de la détention mais son argumentation est très certainement transposable à la décision du Préfet. Cette possibilité d'extension est d'autant plus vraisemblable que c'est l'ensemble de l'article L. 3213-8 du Code de la santé publique qui a été déclaré contraire à la constitution, et que celui-ci ne distingue pas entre les personnes titulaires du pouvoir de mainlevée. Par conséquent, il semble que l'article L. 3213-8 dans sa rédaction issue de la loi du 5 juillet 2011 soit contraire à la constitution.

B) La mainlevée par le juge des libertés et de la détention

212. Le juge des libertés et de la détention peut être saisi par diverses personnes ou d'office, aux fins de mainlevée de la mesure de soins psychiatrique⁴⁹⁷.

213. En outre, le juge des libertés et de la détention peut prononcer la mainlevée de la mesure d'hospitalisation complète dans le cadre de son intervention de plein droit⁴⁹⁸. Si le juge ne statue pas dans les délais impartis, la mainlevée de la mesure est acquise⁴⁹⁹. Le juge

⁴⁹⁵ Cons. constit., décision n° 2011-185, QPC, du 21 octobre 2011.(cons. 6).

⁴⁹⁶ CSP, art. L. 3211-12-1 III.

⁴⁹⁷ CSP, art. L. 3211-12 I.

Pour de plus amples développements sur le contrôle du juge des libertés et de la détention, voir infra n° 450 et S.

⁴⁹⁸ CSP, art. L. 3211-12-1 III.

⁴⁹⁹ CSP, art. L. 3211-12-1 IV

peut également prononcer la mainlevée lorsqu'il saisit à la suite d'un désaccord entre le psychiatre et le Préfet⁵⁰⁰.

214. Sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, le juge ne pouvait ordonner la mainlevée de l'hospitalisation d'office d'une personne ayant été déclarée irresponsable pénalement, que sur décisions conformes de deux psychiatres n'appartenant pas à l'établissement⁵⁰¹. Ce dispositif a été déclaré contraire à la constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 octobre 2011⁵⁰². Désormais, pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier, avant de statuer, le juge doit solliciter l'avis du collège et recueillir deux expertises établies par des psychiatres inscrits sur les listes établies par le procureur de la République après avis du directeur général de l'agence régionale de santé ou sur la liste des experts auprès de la cour d'appel⁵⁰³. La concordance des conclusions des expertises ne semblant plus exigées, le nouveau dispositif paraît conforme à la constitution.

L'ensemble des dispositions encadrant les mesures de soins sans consentement permettent d'assurer la protection du corps de la personne. Celle-ci est également assurée par l'encadrement des soins de la personne.

Section 2 : La protection du corps par l'encadrement des soins

215. L'article L. 3211-2 du Code de la santé publique définit la personne dite en hospitalisation libre comme « *une personne hospitalisée avec son consentement* » et précise qu'elle « *dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause* ».

⁵⁰⁰ CSP, art. L. 3213-5 al. 2.

⁵⁰¹ CSP, art. L. 3211-12 et L. 3213-8 anciens.

CA Paris, 24 avril 1992, D. 1992, Inf. rap. 197 ; CA Colmar, 11 février 2011, n° 11/00328.

⁵⁰² Cons. constit., décision n° 2011-185, QPC, du 21 octobre 2011. (cons. 6).

Voir les observations sur cette décision dans le développement précédent.

⁵⁰³ CSP, art. L. 3211-12 II et L. 3211-12-1 III.

216. L'hospitalisation sans consentement n'est envisagée que comme une exception⁵⁰⁴. La circulaire du 19 juillet 1993 portant sur le rappel de principes relatifs à l'accueil et aux modalités de séjour des malades hospitalisés pour troubles mentaux⁵⁰⁵ rappelle les recommandations du Conseil de l'Europe qui pose le principe selon lequel l'hospitalisation libre, doit être la règle et l'hospitalisation forcée l'exception. Sur un plan quantitatif, le principe semble respecté puisqu'en 2007, les hospitalisations sans consentement représentaient 12% des hospitalisations complètes en psychiatrie générale⁵⁰⁶.

La protection du corps de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement est assurée tant à l'occasion d'actes médicaux (§1) que lors des soins sous contrainte (§2).

Paragraphe 1 : La protection du corps à l'occasion d'actes médicaux

La protection du corps de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est assurée dans une certaine mesure à l'occasion d'actes médicaux thérapeutiques (I) et de manière spécifique pour certains actes médicaux non thérapeutiques (II)

I- La protection à l'occasion des actes médicaux thérapeutiques

Avant d'aborder la question problématique du consentement à l'acte médical de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques (B), il convient d'observer que cette personne a le droit de recevoir des soins (A).

⁵⁰⁴ C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 23 ; J. STARK et C. MAUGEY, *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte*, préf. J.-C. MAGENDIE, L'harmattan, coll. La Justice au Quotidien, Paris, 2009, p. 12.

CSP, art. L. 3211-1.

⁵⁰⁵ Circulaire n° 48 DGS/SP3 du 19 juillet 1993 (Circulaire Veil) portant sur le rappel des principes relatifs à l'accueil et aux modalités de séjours des malades hospitalisés pour troubles mentaux, BO santé 93/95.

⁵⁰⁶ DRESS, *Les mesures d'hospitalisation sans consentement*, in Les établissements de santé en 2007, Ouvrages et Rapports, 2008, p. 14-15. Sources DGS, Rapports d'activité des CDHP 1998, 1999, 2000, 2003, 2005, 2007, données statistiques ; DREES, SAE 1998, 1999, 2000, 2003, 2005, 2007, données statistiques.

Nota : selon cette Source, en 2007, les hospitalisations d'office représentaient 16% des hospitalisations sans consentement.

A) L'affirmation du droit de recevoir des soins

217. Les personnes hospitalisées sans leur consentement ont, comme toute autre personne, droit à des soins. Il paraîtrait scandaleux que des personnes soient hospitalisées dans un établissement psychiatrique sans y recevoir de soins.

218. Curieusement, sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, les dispositions du livre II de la partie III du Code de la santé publique relatif à la lutte contre les maladies mentales ne font que de rares références aux soins ou au traitement. En effet, seuls six articles envisagent plus ou moins directement cette question : l'article L. 3211-3 fait référence à la « *mise en œuvre du traitement* » qui nécessite des restrictions à l'exercice des libertés individuelles, l'article L. 3211-4 selon lequel « *un protocole thérapeutique pratiqué en psychiatrie ne peut être mis en œuvre que dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur* », l'article L. 3211-6 fait référence au procureur de la République « *du lieu de traitement* », l'article L. 3211-11 qui envisage la possibilité de sorties d'essai « *afin de favoriser la guérison* », l'article L. 3212-1 qui conditionne la mesure d'hospitalisation sur demande d'un tiers à l'existence d'un état imposant des « *soins immédiats* » et l'article L. 3213-1 qui subordonne la mesure d'hospitalisation d'office à la nécessité de soins⁵⁰⁷. D'autres⁵⁰⁸ font référence à des examens médicaux en vue d'établir des certificats médicaux mais ne parlent pas de soins prodigués au patient.

219. Le droit aux soins de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, découlait d'autres textes. Le droit fondamental à la protection de la santé est prévu par l'article 11 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946. Il l'est également à l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique. L. 1110-5 du Code de la santé publique prévoit dans son premier alinéa que « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des*

⁵⁰⁷ L'exigence relative à la nécessité des soins a été ajoutée par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (art. 19-1). Cette loi a donc affirmé le critère thérapeutique de l'internement.

⁵⁰⁸ CSP, art. L. 3212-4, L. 3212-7, L. 3212-8 et L. 3213-3.

connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté. »

Les textes internationaux affirment également ce droit aux soins. La constitution de l'organisation mondiale de la santé garantit la protection du droit à la santé. En outre, la résolution de l'ONU sur les principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et l'amélioration des soins de santé mentale⁵⁰⁹ prévoit dans son principe 8 un droit à des soins et dans son principe 9 un droit à un traitement. De manière similaire, au niveau européen, la recommandation sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires⁵¹⁰ énonce dans son article 5 le droit de recevoir un traitement et des soins appropriés. Dans la lignée de ce texte, la recommandation relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme⁵¹¹ et celle relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux⁵¹² contiennent des dispositions relatives au traitement.

220. La loi du 5 juillet 2011 a substitué la notion de soins psychiatriques sans consentement, à celle d'hospitalisation sans consentement. Elle s'attache à distinguer les soins de la modalité de la prise en charge. Des soins doivent être dispensés dès la phase d'observation⁵¹³. La notion de soins se trouve donc désormais au cœur du livre relatif à la lutte contre les maladies mentales.

221. Après avoir établi l'existence d'un droit à recevoir des soins de qualité, se pose inévitablement, en matière d'hospitalisation sans consentement, la question du consentement aux soins⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Résolution 46/119 adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 17 décembre 1991, principes pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins en santé mentale.

⁵¹⁰ Recommandation R(83)2 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 22 février 1983, sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires.

⁵¹¹ Recommandation 1235 (1994) adoptée par l'Assemblée du Conseil de l'Europe le 12 avril 1994 relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme, (art. ii).

⁵¹² Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 12).

⁵¹³ L. 3211-2-2

⁵¹⁴ F. DESCARPENTRIES, *Le consentement aux soins en psychiatrie*, L'Harmattan, 2007, p. 101 et s.

B) La problématique du consentement

222. Comme l'indique André DEMICHEL, « *le consentement n'est pas une simple condition technique dont on peut se passer lorsqu'elle n'est pas réalisable, mais une garantie des droits de la personne. Ces droits, dès lors, doivent être préservés même lorsque le consentement n'est pas possible* »⁵¹⁵. Le consentement suppose la capacité de comprendre, vouloir et exprimer⁵¹⁶. Or le trouble mental altère ces facultés.

223. En tant que personne malade, la personne faisant l'objet de soins sans son consentement relève, à défaut de disposition contraire, des règles générales et notamment de celles relatives à la protection des personnes. Il serait possible de se demander si le fait que l'article L. 3211-2 du Code de la santé publique prévoit que la personne en soins psychiatriques libres bénéficie des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades soignés pour une autre cause, ne signifie pas que la personne faisant l'objet de soins sans son consentement ne relève pas des dispositions des articles généraux. Les dispositions spéciales dérogent-elles aux dispositions générales ? L'hospitalisation sans consentement implique-t-elle des soins sans consentement ? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer les soins somatiques (1), des soins psychiatriques (2). Les premiers concernent les organes, par opposition à l'esprit, au psychisme⁵¹⁷.

1) Le principe du consentement aux soins somatiques

224. Les travaux préparatoires à la loi du 4 mars 2002, permettent d'établir que les dispositions des articles L. 1111-1 et suivants du Code de la santé publique ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes malades dont celles atteintes de troubles mentaux⁵¹⁸. Les dispositions spécifiques du livre du Code de la santé publique relatif à la

⁵¹⁵ A. DEMICHEL, « La théorie juridique du consentement : permanence et mutations », *Rev. De Méd. Psychosom.* 1993, 34, p. 16

⁵¹⁶ C. JONAS, « Consentement et psychiatrie », *Forensic*, 2000, 2 -3, p. 18.

⁵¹⁷ J. THUILLIER, *La folie. Histoire et dictionnaire*, Ed. Robert LAFONT, coll. BOUQUINS, 1996, p. 742.

⁵¹⁸ Rapport n° 3263, tome I de MM. Claude EVIN, député, Bernard CHARLES, député et Jean-Jacques DENIS, député, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé le 18 septembre 2001, (examen article L. 1111-4).

lutte contre les maladies mentales ne sont donc pas déroatoires aux dispositions générales du même code, pour les soins somatiques. La dérogation ne vaut que pour les soins psychiatriques⁵¹⁹.

225. En matière d'actes médicaux, excepté le cas de la recherche biomédicale⁵²⁰, le Code de la santé publique ne prévoit pas de disposition spécifique au patient faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement. Celui-ci relève donc du droit commun des actes médicaux. Le patient hospitalisé sans son consentement doit donc, *à priori*, consentir aux soins. Les seules exceptions qui existent au principe du consentement sont lorsque « *son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* »⁵²¹ ou lorsque « *la personne est hors d'état de manifester sa volonté* »⁵²². La question qu'il convient donc de se poser est celle de savoir si une personne souffrant de troubles mentaux et faisant l'objet de soins sans son consentement est à même de consentir aux soins. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de distinguer selon le cadre de l'admission en soins sans consentement.

226. Dans le cadre des soins sur demande d'un tiers ou pour péril imminent, l'incapacité de fait à consentir, est un préalable nécessaire à l'admission. En effet, l'article L. 3212-1 du Code de la santé publique impose que les « *troubles rendent impossible son consentement.* » Il est hautement probable, au moins dans les premiers temps de la prise en charge, que les troubles qui rendent impossible le consentement à la prise en charge psychiatrique, rendent également impossible le consentement aux soins. Dès lors que la personne est hors d'état de manifester sa volonté (et qu'elle ne bénéficie pas d'une protection juridique), une consultation de la personne de confiance, ou de la famille, ou à défaut des proches est, sauf exception, indispensable⁵²³. Une personne est considérée comme hors d'état de manifester sa volonté lorsqu'elle est inconsciente (dans le coma par exemple) ou lorsqu'elle subit une altération de ses facultés mentales⁵²⁴.

⁵¹⁹ Th. FOSSIER, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », JCP 2003, I 135, n° 25 et s.

⁵²⁰ Voir infra n° 232 et s.

⁵²¹ C. civ., art. 16-3.

⁵²² CSP, art. L. 1111-4.

⁵²³ CSP, art. L. 1111-4.

⁵²⁴ M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, LGDJ, 2010, p. 353.

227. Dans le cadre des soins psychiatriques sur décision du Préfet, l'impossibilité à consentir n'est pas aussi évidente dans la mesure où elle ne constitue pas une condition de fond de la mesure⁵²⁵. En outre, *«contrairement à une opinion largement répandue, les psychiatres européens s'accordent à penser que la maladie mentale ne supprime pas toute compétence, et que le fait de porter un diagnostic psychiatrique n'équivaut pas à dénier à la personne concernée toute aptitude à consentir.»*⁵²⁶ Ainsi, il revient au médecin d'établir si la personne est capable de consentir à l'acte.

2) La problématique du consentement aux soins psychiatriques

228. En matière de soins psychiatriques, la question du consentement aux soins révèle deux problématiques particulières. D'une part, le consentement à la prise en charge conditionne l'effectivité de celle-ci. Il est généralement admis que *« dans le domaine de la maladie mentale, plus que dans tout autre, la prise de conscience de la nécessité du traitement et l'adhésion du patient aux modalités mises en œuvre sont déterminantes »*⁵²⁷. D'autre part, le suivi du traitement conditionne la possibilité pour la personne de retrouver en capacité de consentir. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme relève en ce sens, que *« c'est du suivi du traitement que dépend le maintien ou l'altération d'un état mental compatible avec le respect de la liberté du malade »*⁵²⁸.

229. L'hospitalisation sans consentement implique-t-elle des soins sans consentement ? Existe-t-il une obligation de soins à la charge de la personne hospitalisée ? Certains auteurs déplorent la confusion qui est faite entre consentement à l'hospitalisation et consentement aux soins. Selon Claire GEKIERE, psychiatre de secteur, *«de même qu'il existe une confusion entre hospitalisation forcée pour troubles psychiatriques et soins sous contrainte, il n'y a pas*

⁵²⁵ Ph. BERNARDET, « Un bilan de la loi du 27 juin 1990 à la lumière de la pratique et de la défense des droits des patients », in sous la dir. C. LOUZON et D. SALAS, *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ed. Erès, 1997, p. 107.

⁵²⁶ Anne FAGOT-LARGEAULT, « Ethique du consentement en psychiatrie », in sous la dir. C. LOUZON et D. SALAS, *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ed. Erès, 1997, p. 79.

⁵²⁷ Allocution Mme Jacqueline FRAYSSE, lors de la séance du 22 mars 2011, sur le vote par l'Assemblée nationale en deuxième lecture du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

⁵²⁸ CNCDH, *Étude sur la maladie mentale et les droits de l'homme*, Juin 2008, p. 16.

de distinction effective entre consentement à des soins et consentements à l'hospitalisation. »⁵²⁹ Carol JONAS relève que « la pratique quotidienne montre que le nombre des patients hospitalisés contre leur gré apportent un consentement valide à leurs soins. C'est la preuve que l'on peut dissocier obligation d'hospitalisation et obligation de soins. Afin de respecter les droits du patient cette dissociation est absolument nécessaire »⁵³⁰ D'autres craignent qu'une dissociation entre hospitalisation sans consentement et soins imposés puisse entraîner une transformation « des établissements psychiatriques en lieux d'enfermement et non plus en lieux de soins. »⁵³¹ Le livre blanc sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux⁵³² s'est clairement prononcé en faveur d'une dissociation entre placement et traitement. Ce texte prévoit dans son point 3 que « le placement involontaire en tant que tel ne signifie pas que le patient peut en tout état de cause être traité contre son gré, ni que ce traitement involontaire requiert inévitablement un placement involontaire ». La recommandation du Conseil de l'Europe relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux⁵³³ qui tient compte du Livre blanc, distingue également entre placement involontaire et traitement involontaire. Il convient de relever une similitude certaine entre les critères du placement involontaire et ceux du traitement involontaire⁵³⁴. En outre, la recommandation offre à la personne qui a la capacité de consentir au traitement la possibilité de le refuser⁵³⁵ tout en prévoyant, sous réserve du respect de certaines conditions, la possibilité d'administrer le traitement malgré le refus⁵³⁶.

⁵²⁹ C. GEKIERE, « Le consentement insensé. A propos de la contrainte en psychiatrie », in *La contrainte et l'acte*, C. BUCHVALD, L. CORNAZ, E. TELLERMANN et al..., l'Harmattan, coll. Pratiques de la folie, 1997, 118.

⁵³⁰ C. JONAS, *Le consentement des malades mentaux à leurs soins*, Nervure, tome III, janvier 1990, n° spécial, p. 57.

⁵³¹ J.-C. CORDIER, F. POUYOLLON, *Soins sans consentement, L'information psychiatrique*, 2001, n° 7, p.703.

⁵³² Groupe de travail du Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) du Conseil de l'Europe, Livre blanc sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, p. 6 et s.

⁵³³ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

⁵³⁴ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 17 et 18).

⁵³⁵ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 16).

⁵³⁶ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 18).

230. Au niveau national, sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, la législation en santé mentale ne faisait pas de référence expresse aux traitements sans consentement. En outre, cette loi, à la différence de la loi du 2 février 1981⁵³⁷, ne prévoit pas de manière expresse le droit de refuser le traitement⁵³⁸. En raison de la confusion traditionnelle entre traitement et hospitalisation⁵³⁹, le silence de la loi pourrait être interprété comme une autorisation des soins sans consentement dès lors qu'il y aurait hospitalisation sans consentement. Cette interprétation pourrait également reposer sur le fait que c'est la nécessité des soins qui motive l'hospitalisation⁵⁴⁰. Toutefois, une interprétation littérale du texte impose, a priori de limiter le champ de la contrainte à l'hospitalisation et non aux soins. En effet, la loi du 27 juin 1990 est centrée sur l'hospitalisation de la personne. Elle décline les modalités d'hospitalisation et l'organisation de la sectorisation psychiatrique et des établissements. Ainsi la loi du 27 juin 1990 ne devrait pas permettre de prendre une obligation de soins mais seulement une mesure d'hospitalisation. Il convient de relever que cette interprétation protectrice de la personne n'est pas celle retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 novembre 2010. En effet celui-ci considère que *« le législateur a estimé qu'une personne atteinte de troubles mentaux qui soit rendent impossible son consentement alors que son état impose une surveillance constante en milieu hospitalier, soit font que cette personne compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, ne peut s'opposer aux soins médicaux que ces troubles requièrent ; qu'en tout état de cause, les garanties encadrant l'hospitalisation sans consentement permettent que l'avis de la personne sur son traitement soit pris en considération ; que, dans ces conditions, en adoptant les dispositions déferées, le législateur a pris des mesures assurant, entre la protection de la santé et la protection de l'ordre public, d'une part, et la liberté personnelle,*

⁵³⁷ Loi n°81-82 du 2 février 1981, Renforçant la sécurité et protégeant la liberté de personnes (Loi PEYREFITTE), JO du 3 février 1981, p. 415.

CSP, art. L. 353-2 (ancien).

⁵³⁸ L. DUBOIS, « La loi du 27 juin 1990 assure-t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ? », Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, Dalloz, 1992, p. 727.

⁵³⁹ C. JONAS, « Le consentement des malades mentaux à leurs soins », Nervure, tome III, janvier 1990, n° spécial, p. 56.

⁵⁴⁰ Ph. BERNARDET, T. DOURAKI, C. VAILLANT, *Psychiatrie, Droits de l'Homme et défense des usagers en Europe*, éd. Eres, 2002, p. 46.

protégée par l'article 2 de la Déclaration de 1789, d'autre part, une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée »⁵⁴¹.

231. La proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990, recentre la question de la lutte contre les maladies mentales autour du soin, en introduisant la notion de soins obligatoires et ne conçoit l'hospitalisation que comme une modalité du soin⁵⁴². Cette notion a été reprise par la loi du 5 juillet 2011 qui a substitué la notion de soins sans consentement à celle d'hospitalisation sans consentement. Le législateur a souhaité « *dissocier les modalités des soins de la mesure de soins sans consentement* »⁵⁴³. Par exception au droit commun, le consentement aux soins psychiatriques n'est donc pas indispensable.

II- La protection à l'occasion des actes non thérapeutiques : la protection spécifique pour les recherches biomédicales

232. A la différence de ce qui existe pour le majeur protégé, le Code de la santé publique n'a pas prévu, à l'exception des recherches biomédicales, de dispositions spécifiques pour la personne faisant l'objet de soins psychiatriques. Celle-ci relève donc du droit commun des actes non thérapeutiques.

233. Il convient d'observer qu'une disposition spéciale est prévue en matière de recherche biomédicale. Toutefois force est de constater que la loi de 2004 a affaibli la protection des recherches biomédicales sur les personnes faisant l'objet de soins sans consentement (A) et que celles-ci sont moins bien protégées que les majeurs protégés (B)

⁵⁴¹ Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE. (cons. 32)

⁵⁴² IGAS n° 2005 064, IGSJ n° 11/05, Propositions de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leur condition d'hospitalisation, Rapport présenté par A. LOPEZ, I. YENI, M. VALDES-BOULOUQUE et F. CASTOLDI, mai 2005, p. 47.

⁵⁴³ Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, présenté par le ministre de la santé et des sports le 5 mai 2010.

A) Une protection en matière de recherche biomédicale inférieure à celle antérieure à 2004

234. Avant la réforme des lois de bioéthique de 2004⁵⁴⁴, une personne hospitalisée sans son consentement ne pouvait être sollicitée pour se prêter à des recherches médicales que s'il en était attendu un bénéfice direct et majeur pour sa santé⁵⁴⁵. La personne hospitalisée sans son consentement était donc mieux protégée qu'un majeur sous tutelle puisque sa participation à des recherches sans bénéfice individuel direct était interdite et que sa participation à des recherches avec bénéfice individuel est subordonnée à l'existence d'un bénéfice majeur.

235. Cette surprotection s'explique par le fait que le législateur a voulu éviter les dérapages du type nazi. Ainsi, l'expérimentation sur la personne privée de liberté a été interdite.

236. Certains psychiatres ont critiqué cette surprotection qui conduit à paralyser la recherche en psychiatrie. Patrick LEMOINE et Bernard LACHAUX affirment en ce sens que *« née d'une nécessité, et partant, absolument indispensable, la loi Huriet ne répond pas pleinement à tous ses objectifs car ce cadre juridique qui vise à protéger les incapables contre les chercheurs, en arrive parfois à les protéger de toute recherche, les excluant par la même toute chance de progrès scientifique. »*⁵⁴⁶

237. Désormais, l'article L. 1121-6 du Code de la santé publique prévoit que « Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative, les personnes hospitalisées sans consentement en vertu des articles L. 3212-1 et L. 3213-1 qui ne relèvent pas des dispositions de l'article L. 1121-8 et les personnes admises dans un établissement sanitaire ou social à d'autres fins que celle de la recherche ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que dans les conditions suivantes :

- soit l'importance du bénéfice escompté pour ces personnes est de nature à justifier le risque prévisible encouru,

⁵⁴⁴ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, JO du 11 août 2004, p. 14277.

⁵⁴⁵ CSP ancien art. L. 209-5.

⁵⁴⁶ P. LEMOINE, B. LACHAUX, « Du consentement impossible à l'oubli de l'incapable », *Nervure*, tome VI, mars 1993, n° hors-série, p. 20.

- soit ces recherches se justifient au regard du bénéfice escompté pour d'autres personnes se trouvant dans la même situation juridique ou administrative à la condition que des recherches d'une efficacité comparable ne puissent être effectuées sur une autre catégorie de la population. Dans ce cas, les risques prévisibles et les contraintes que comporte la recherche doivent présenter un caractère minimal. »

238. La réforme de 2004 a facilité les recherches biomédicales sur les personnes privées de liberté. La référence au bénéfice majeur a disparu.

B) Une protection inférieure à celle du majeur protégé

239. L'analyse comparative des règles applicables au majeur hospitalisé sous contrainte et au majeur protégé permet de mettre en évidence que le second est mieux protégé que le premier. En effet, pour les majeurs hospitalisés sous contrainte, la condition tenant à l'impossibilité de pratiquer des recherches d'efficacité comparable sur d'autres personnes, ne s'impose que lorsque la recherche est pratiquée non pas dans l'intérêt de la personne qui s'y prête mais dans celui de personnes placées dans la même situation⁵⁴⁷. A l'inverse des personnes faisant l'objet d'une mesure de protection⁵⁴⁸, la personne hospitalisée sous contrainte peut faire l'objet d'une recherche même si celle-ci aurait pu être pratiquée aussi efficacement sur d'autres populations, dès lors que la personne espère en retirer un bénéfice.

240. Si majeur protégé hospitalisé sous contrainte ce sont les dispositions relatives au majeur protégé qui s'appliquent puisqu'elles sont plus protectrices (L. 1121-9 + interprétation L. 1121-6)

⁵⁴⁷ CSP, art. L. 1121-6.

⁵⁴⁸ CSP, art. L. 1121-8.

Paragraphe 2 : La protection du corps à l'occasion des soins sous contraintes

241. Le terme de soins sous contrainte est plus adapté que celui de soins sans consentement notamment lorsque la prise en charge est faite sous une forme autre que l'hospitalisation complète. En effet, dans la mesure où la personne s'engage à respecter le programme de soins, elle y consent⁵⁴⁹. Il n'y aurait donc pas à proprement parler, de soins sans consentement. En revanche, il ne fait aucun doute que les soins sont sous contrainte puisqu'en cas de non-respect du programme, l'hospitalisation complète peut être prononcée. Toutefois, le législateur n'ayant pas subordonné la mise en œuvre du programme de soins au consentement de l'intéressé, la mesure intervient formellement dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement. Surtout, il convient de souligner que le patient n'a pas le droit de refuser les soins. En effet, lors du vote en première lecture, la commission des Lois du Sénat, à l'initiative de M. Jean-René LECERF, a fait adopter une obligation d'information du droit de refuser les soins à la charge du psychiatre⁵⁵⁰. Celle-ci n'a pas été maintenue par l'Assemblée nationale⁵⁵¹.

242. En outre, si l'on admettait que le patient doive consentir au programme de soins, cela poserait la question de la possibilité de recourir à une autre forme que l'hospitalisation complète dans l'hypothèse d'une admission à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent. En effet, ces mesures de soin sont subordonnées à l'impossibilité de consentir et ne peuvent en principe, être maintenues lorsque les conditions qui les ont justifiées ont disparu⁵⁵².

⁵⁴⁹ V. les propos de Mme Nora BERRA, secrétaire d'État chargée de la santé, lors des débats durant la séance du Sénat du 11 mai 2011, sur Amendement n°13.

⁵⁵⁰ Texte n° 118 adopté par le Sénat le 13 mai relatif aux droits, à la protection et à la prise en charge des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques auxquels elles ne sont pas à même de consentir du fait de leurs troubles mentaux(al. 16 ; L. 3211-2-1)

⁵⁵¹ Guy LEFRAND, rapporteur de la Commission des affaires sociales estime que « *cette mention apparaît nettement équivoque s'agissant de soins sans consentement et en contradiction avec le fait que la personne malade a d'ores et déjà été admise en soins psychiatriques sans son consentement (...) qu'octroyer ainsi au patient le droit de refuser les soins, tout en assortissant ce droit, en cas de refus effectif, d'un renvoi au second alinéa de l'article L. 3211-11 (retour à une hospitalisation complète en cas de non-respect du programme de soins) revient en réalité à accorder un droit très formel, puisqu'il ne renvoie à rien d'autre pour le malade qu'à la perspective de rester en hospitalisation complète* ». (Rapport n° 3445 de M. Guy LEFRAND, p. 16)

⁵⁵² CSP, art. L. 3212-8.

Le législateur a donc admis la possibilité de soins sous contrainte (I) mais encadre certaines pratiques durant l'hospitalisation (II).

I- La possibilité de soins sous contrainte

243. Avec la loi du 5 juillet 2011, ce n'est plus l'hospitalisation qui est contrainte mais les soins. Le régime des soins psychiatriques est donc dérogatoire du droit commun.

244. Lors du vote en première lecture, le Sénat a prévu de remplacer l'expression « *soins psychiatriques sans consentement* » par une référence aux « *soins auxquels une personne n'est pas à même de consentir du fait de ses troubles mentaux* »⁵⁵³. Cependant, la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale n'a pas retenu cette modification. Elle relevait, fort justement, que la notion de « *soins auxquels la personne n'est pas à même de consentir* » ne convenait pas aux mesures à la demande du Préfet⁵⁵⁴. En effet, à la différence des mesures à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, la mesure de soins psychiatriques sur décision du Préfet, n'est pas subordonnée à l'incapacité à consentir. L'Assemblée nationale a donc préféré le terme général de soins psychiatriques sans consentement.

245. Les soins psychiatriques sur décision du Préfet sont d'autant plus dérogatoires au droit commun qu'ils sont envisageables, au moins en théorie, lorsque la personne dispose d'une capacité à consentir.

Si le législateur offre la possibilité de recourir à des modes de prises en charge alternatifs à l'hospitalisation (A), il convient d'observer qu'il existe toujours une certaine prééminence de ce mode de prise en charge privatif de liberté (B)

⁵⁵³ Texte n° 118, adopté par le Sénat le 13 mai 2011, relatif aux droits, à la protection et à la prise en charge des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques auxquels elles ne sont pas à même de consentir du fait de leurs troubles mentaux.

⁵⁵⁴ Rapport n° 3445 de M. Guy LEFRAND, p. 16.

A) La possibilité de soins sous contrainte hors du cadre de l'hospitalisation complète

246. La loi du 5 juillet 2011 a substitué la notion de soins psychiatriques sous contrainte à celle d'hospitalisation sous contrainte. Un des objectifs du législateur était d'offrir une prise en charge autre que l'hospitalisation à temps complet. Désormais, une prise en charge en soins ambulatoires ou en hospitalisation partielle est possible. Cette diversification des modes de prise en charge avait été souhaitée par l'IGAS et l'IGSJ⁵⁵⁵. La réforme offre un cadre juridique aux pratiques développées lors des sorties d'essai de longue durée⁵⁵⁶.

247. Ainsi, d'autres intervenants que l'hôpital psychiatrique, peuvent dispenser des soins sans consentement⁵⁵⁷. Ce sont notamment les centres médico-psychologiques, les praticiens libéraux et les services de soins à domicile. En outre, les centres d'accueil thérapeutique à temps partiel, les ateliers thérapeutiques et les appartements thérapeutiques, qui sont des structures rattachées au secteur psychiatrique sont également sollicités⁵⁵⁸.

248. Lorsque les soins ne prennent pas la forme d'une hospitalisation complète, le psychiatre de l'établissement doit établir un programme⁵⁵⁹ de soins. Celui-ci doit définir les types de soins, les lieux de leur réalisation et leur périodicité⁵⁶⁰. Le contenu du programme de soins a été précisé par le décret du 11 juillet 2011⁵⁶¹. Il doit spécifier si la prise en charge comporte une hospitalisation à temps partiel, des soins ambulatoires, des soins à domicile et

⁵⁵⁵ IGAS et IGSJ, Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, mai 2005, p. 53 et s.

⁵⁵⁶ V. exposé des motifs du projet de loi.

⁵⁵⁷ nota : Le texte adopté en première lecture par le sénat précisait les lieux de dispensation de la prise en charge. L'article L. 3211-2-1 faisait une référence expresse aux unités d'hospitalisation temps plein et aux unités alternatives à l'hospitalisation temps plein, aux lieux de consultations, aux lieux d'activités thérapeutiques, et au lieu de vie habituel du patient. (Texte n° 118, adopté par le Sénat le 13 mai 2011, relatif aux droits, à la protection et à la prise en charge des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques auxquels elles ne sont pas à même de consentir du fait de leurs troubles mentaux.)

L'Assemblée nationale n'a pas souhaité maintenir cette référence car elle laissait penser que les soins étaient les mêmes dans tous les lieux (Rapport n° 3445 de M. Guy LEFRAND, p. 9)

⁵⁵⁸ Rapport n° 3189 de M. Guy LEFRAND, p. 61.

⁵⁵⁹ nota : Le Sénat, lors du vote en première lecture du texte, a préféré le terme « programme » à « protocole » (Amendements n°487, 488, 492, 494 et 496, présentés par M. Lorrain, au nom de la commission des affaires sociales). Le Sénat a souhaité « *signifier qu'il s'agissait d'une prise en charge globale, recouvrant les modalités les plus diverses de prise en charge, et non pas seulement, l'administration de médicaments* ». (Propos de Mme Nora BERRA, secrétaire d'État chargée de la santé, (Rapport n° 3445 de M. Guy LEFRAND, p. 13)

⁵⁶⁰ CSP, art. L. 3211-2-1.

⁵⁶¹ Décret n° 2011-847 du 18 juillet 2011 relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 19 juillet 2011, p. 12375.

l'existence d'un traitement médicamenteux⁵⁶². Toutefois, lorsqu'il mentionne l'existence d'un traitement, il ne doit pas préciser les détails de celui-ci. S'il y a lieu, il indique « *la forme que revêt l'hospitalisation partielle en établissement de santé ou la fréquence des consultations ou des visites en ambulatoire ou à domicile et, si elle est prévisible, la durée pendant laquelle ces soins sont dispensés. Il mentionne l'ensemble des lieux où se déroulent ces prises en charge* »⁵⁶³. En revanche, il ne comporte pas d'information médicale telle que la nature des troubles.

249. Pour établir ou modifier le programme de soins, le psychiatre doit recueillir l'avis du patient lors d'un entretien⁵⁶⁴. Le patient est donc amené à participer à l'élaboration de sa prise en charge.

250. La mise en place des soins psychiatriques en dehors du cadre d'une hospitalisation complète semble, à première vue, respectueuse de la liberté des personnes. Elle se présente comme une alternative à l'enfermement⁵⁶⁵. En permettant une adaptation aux besoins de la personne, elle offre la possibilité d'une prise en charge sur mesure, proportionnée. Toutefois, les incertitudes liées à la mise en place de ce nouveau dispositif, tendent à remettre en cause cette première analyse.

251. En effet, le texte est resté silencieux sur les mesures permettant de contraindre la personne à exécuter le programme. Les soignants ont-ils le pouvoir d'intervenir de force au domicile du patient ?⁵⁶⁶ La sénatrice Muguette DINI, rapporteuse des travaux de la Commission des affaires sociales du Sénat, a fait part de ses inquiétudes sur le programme de soins⁵⁶⁷ tant au niveau de son contenu que de sa mise en œuvre. L'adoption du texte

⁵⁶² CSP, art. R. 3211-1 II.

⁵⁶³ CSP, art. R. 3211-1 II.

⁵⁶⁴ CSP, art. L. 3211-2-1 et R. 3211-1 II.

⁵⁶⁵ S. THERON, « De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement », RDSS 2010, p. 1088.

⁵⁶⁶ Le syndicat de la magistrature s'inquiète du fait qu'une telle intervention puisse constituer un premier pas vers l'institution d'un bracelet électronique. (Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, p. 5.)

⁵⁶⁷ Selon Mme Muguette DINI, « le projet de loi reste très vague sur le contenu du protocole de soins et renvoie à un décret en Conseil d'Etat. Le malade sera-t-il partie prenante à ce protocole ? Quelle fiabilité aura l'engagement de quelqu'un dont l'adhésion au protocole sera le meilleur moyen de sortir de l'hôpital ? Que se passera-t-il après ? Qui aura accès à ce protocole ? Comment pourra-t-il évoluer ? Que fera-t-on si la personne

définitif, ni celle de son décret d'application, n'ont permis de lever l'ensemble de ces incertitudes.

252. En outre, la seule contrainte qui est certaine, est la possibilité de transformer la forme de la prise en charge en hospitalisation complète en cas de non-respect du programme. En effet, dès lors que le comportement de la personne ne permet plus de dispenser les soins nécessaires, le psychiatre qui participe à la prise en charge doit proposer au directeur de l'établissement d'accueil une hospitalisation complète⁵⁶⁸. L'enfermement apparaît ainsi comme une sanction. La limite entre les soins psychiatriques contraints et les injonctions de soins est mince.

253. Toute mesure de soins contraints porte atteinte à l'autonomie du patient même si les mesures alternatives à l'hospitalisation complète sont plus respectueuses de sa liberté d'aller et venir.⁵⁶⁹

B) Une certaine prééminence de la mesure d'hospitalisation

254. Le législateur n'a pas créé de principe de subsidiarité au profit des mesures alternatives à l'hospitalisation. Il n'a pas prévu que l'hospitalisation ne serait prononcée que lorsque l'état ou le comportement de la personne ne permet pas une autre forme de prise en charge. Une telle subsidiarité aurait été protectrice de la liberté d'aller et de venir de la personne.

255. En outre, avec l'instauration de la période d'observation, toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, passent par une phase d'enfermement.

refuse d'ouvrir sa porte ? Quels types de soins seront prodigués ? Autant de questions sans réponse.... Surtout, le contrôle systématique du juge n'est pas prévu alors même que le protocole comportera des mesures très contraignantes. Tous les médecins le disent, le consentement du malade est à rechercher en permanence car il est la condition essentielle d'une amélioration de son état. Les soins sans consentement en dehors de l'hôpital suscitent donc beaucoup d'inquiétudes. Feront-ils diminuer le nombre des hospitalisations sans consentement ou viendront-ils s'y ajouter ? » (rapport n° 487 de Mme Muguette DINI, p. 26)

⁵⁶⁸ CSP, art. L. 3211-11 al. 2.

⁵⁶⁹S. THERON, « De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement », RDSS 2010, p. 1088.

256. Par ailleurs, dans certaines hypothèses, le législateur a prévu des précautions à la décision d'une forme de prise en charge autre que l'hospitalisation. Tel est le cas des personnes faisant l'objet d'un suivi particulier⁵⁷⁰ pour lesquelles le recours à une mesure alternative à l'hospitalisation est subordonné à l'avis du collège⁵⁷¹. Tel est, d'une manière générale, le cas des mesures décidées par le Préfet puisque celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation. Il n'est pas lié par la proposition du psychiatre car s'il doit en tenir compte, il doit également apprécier la situation au regard des exigences liées à la sûreté des personnes⁵⁷².

II- L'encadrement de certaines pratiques au sein de l'hospitalisation

257. La notion d'hospitalisation sous contrainte recouvre deux modes d'hospitalisation à temps complet: l'hospitalisation à la suite d'une demande de soins psychiatriques d'un tiers ou pour péril imminent⁵⁷³ et l'hospitalisation sur décision du Préfet (ex. hospitalisation d'office)⁵⁷⁴. L'hospitalisation sous contrainte constitue en soi une atteinte à la personne puisqu'elle est une mesure privative de liberté. *De facto*, toute mesure privative de liberté constitue une atteinte au corps de la personne. Michel Foucault développe la notion de peine corporelle et considère que « *Toute peine à une dimension physique mais c'est la personne. Le corps est touché de façon inévitable, incidente* »⁵⁷⁵.

258. L'enfermement est étroitement lié à l'histoire de la folie. Michel Foucault théorise la fonction d'enfermement et qualifie de « grand renfermement » la période classique. Faisant suite à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, le décret du 27

⁵⁷⁰ Un suivi particulier est prévu pour les personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an.

⁵⁷¹ CSP, art. L. 3213-1 III.

⁵⁷² CSP, art. L. 3213-1 II.

⁵⁷³ La loi du 27 juin 1990 a substitué l'hospitalisation à la demande de tiers (HDT) au « placement volontaire » qui existait dans la loi du 30 juin 1838. Cette nouvelle dénomination permet, contrairement à l'ancienne, de mettre en évidence le fait que l'hospitalisation n'est pas le fait de la volonté du malade. L'ancienne dénomination était trompeuse voire fallacieuse. (Voir en ce sens C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 24.) La loi du 5 juillet 2011 qualifie cette hospitalisation de soins psychiatriques à la demande d'un tiers prenant la forme d'une hospitalisation complète.

⁵⁷⁴ La loi du 27 juin 1990 a substitué l'hospitalisation d'office (HO) au « placement d'office » qui existait dans la loi du 30 juin 1838. La loi du 5 juillet 2011 a remplacé l'HO par les soins psychiatriques prenant la forme d'une hospitalisation complète.

⁵⁷⁵ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 14.

mars 1790 proclame l'abolition des lettres de cachet⁵⁷⁶ mais prévoit deux exceptions à la libération immédiate de toutes personnes détenues : une condamnation légale ou un enfermement pour cause de folie⁵⁷⁷. Puis, la notion d'isolement thérapeutique apparaît avec Esquirol.

259. Parmi les différentes pratiques qui existent dans les établissements psychiatriques, il en est deux qui portent atteinte à l'intégrité corporelle : la contention et la mise en chambre d'isolement. La seconde est parfois considérée comme une forme de contention mais à la différence de celle-ci, la personne conserve une partie de sa mobilité. Il convient de définir ces pratiques (A) avant d'observer leur réglementation (B).

A) La définition des pratiques de contention et de la chambre d'isolement

260. La contention⁵⁷⁸ peut être définie comme « *la limitation, par toute espèce de procédure, de l'autonomie de mouvements corporels* »⁵⁷⁹. La contention peut prendre différentes formes, telles que des liens de cuir empêchant le mouvement des quatre membres, la camisole, les packs (enveloppement humide et froid), la contention chimique, les ceintures abdominales, les lits à barreaux, les draps noués, etc...⁵⁸⁰

261. La chambre d'isolement⁵⁸¹ peut être définie comme « *une pièce fermée à clé conçue pour contenir les pulsions auto ou hétéro-destructrices de personnes souffrant de troubles mentaux hospitalisés en psychiatrie* »⁵⁸².

⁵⁷⁶ J. PALAZZOLO, B. LACHAUX, J.-P. CHABANNES, *Isolement, contention et contrainte en psychiatrie*, Congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française, Médias flashes, 2000, p. 31.

⁵⁷⁷ Article 1 du Décret du 16 mars 1790 de l'Assemblée Nationale concernant les personnes détenues en vertu d'ordre particulier, (lettres-patentes du Roi du 26 mars 1790), collection générale des décrets rendus par l'Assemblée et sanctionnés ou acceptés par le Roi, partie III, p. 27.

⁵⁷⁸ Le terme contention provient du latin contentio qui signifie lutte.

⁵⁷⁹ J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, préf. Pr. G. DARCOURT, Masson, coll. Médecine et psychothérapie, Paris, 2002, p. 30.

⁵⁸⁰ J. PALAZZOLO, B. LACHAUX, J.-P. CHABANNES, *Isolement, contention et contrainte en psychiatrie*, Congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française, Médias flashes, 2000, p. 91 et s. ; J. PALAZZOLO, *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, préf. Pr. G. DARCOURT, Masson, coll. Médecine et psychothérapie, Paris, 2002, p. 30 ;

⁵⁸¹ Le terme isolement provient de l'italien isolato, terme architectural qui signifie séparé comme une île. Au sens figuré c'est ôter à un individu toutes ses relations.

B) La réglementation des pratiques de contention et du recours à la chambre d'isolement

Le recours à ce type de procédé est réglementé.

262. Le Comité européen pour la prévention des tortures et des peines ou traitements inhumains et dégradants relève que si la contrainte physique des patients agités et/ou violents peut s'avérer nécessaire, elle doit se limiter à un contrôle manuel. Par conséquent, il recommande que le personnel des établissements psychiatriques soit formé aux techniques de contrôle⁵⁸³.

263. La résolution de l'ONU sur la Protection des personnes atteintes de maladie mentale et amélioration des soins de santé mentale⁵⁸⁴ prévoit dans l'article 1 de son principe 9 que *« tout patient a le droit d'être traité dans l'environnement le moins restrictif possible et selon le traitement le moins restrictif ou portant atteinte à l'intégrité du patient répondant à ses besoins de santé et à la nécessité d'assurer la sécurité physique d'autrui »*. Son article 11 du principe 11 dispose *« La contrainte physique ou l'isolement d'office du patient ne doivent être utilisés que conformément aux méthodes officiellement approuvées du service de santé mentale, et uniquement si ce sont les seuls moyens de prévenir un dommage immédiat ou imminent au patient ou à autrui. Le recours à ces mesures ne doit durer que le temps strictement nécessaire à cet effet. (...) »*

264. Au niveau européen, différents textes encadrent ces pratiques. D'une part, les recommandations du Conseil de l'Europe¹² avril 1994 relatives à la psychiatrie et aux droits de l'homme préconisent que l'isolement des patients soit strictement limité. Elles posent le principe d'interdiction de l'utilisation de moyen de contention mécanique et encadrent le recours à une contention chimique : ils doivent *« être proportionnée au but recherché et aucune atteinte irréversible ne doit être portée aux droits de procréation des individus »*⁵⁸⁵

⁵⁸² D. FRIARD, *L'isolement en psychiatrie : séquestration ou soin ?*, 2^{ème} éd., Masson, coll. Souffrance psychique & soins, 2002, p. 16.

⁵⁸³ CPT/Inf (98) 12 [FR], 8e rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1997, publié le 31 août 1998, point 47.

⁵⁸⁴ Résolution 46/119 adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 17 décembre 1991, relative à la protection des personnes atteintes de maladies mentales et amélioration des soins de santé mentale,

⁵⁸⁵ Recommandation 1235 (1994) adoptée par l'Assemblée du Conseil de l'Europe le 12 avril 1994 relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme. (art. iii b et c)

265. D'autre part, les recommandations du Conseil de l'Europe 22 septembre 2004 relatives à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux préconisent la formation du personnel dans le domaine de la protection de la dignité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales des personnes atteintes de troubles mentaux, de la compréhension, de la prévention et du contrôle de la violence, des mesures qui permettent d'éviter le recours à la contention ou à l'isolement et des circonstances limitées dans lesquelles différentes méthodes de contention ou d'isolement peuvent être justifiées, compte tenu des bénéfices et des risques éventuels, et application correcte de telles mesures⁵⁸⁶. Elles prévoient dans l'article 27 spécifique à l'isolement et à la contention, que :

« 1. Le recours à l'isolement ou à la contention ne devrait intervenir que dans des établissements appropriés, dans le respect du principe de restriction minimale, afin de prévenir tout dommage imminent pour la personne concernée ou pour autrui, et rester toujours proportionné aux risques éventuels.

2. Le recours à de telles mesures ne devrait intervenir que sous contrôle médical, et devrait être consigné par écrit de façon appropriée.

3. De plus :

i. la personne faisant l'objet d'une mesure d'isolement ou de contention devrait bénéficier d'un suivi régulier,

ii. les raisons du recours à ces mesures, et la durée de leur application, devraient être consignées dans le dossier médical de la personne et dans un registre.

4. Cet article ne s'applique pas à la contention momentanée. »

266. Pour ce qui concerne la chambre d'isolement, l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES)⁵⁸⁷ considère⁵⁸⁸ que *« tout patient dans une chambre*

⁵⁸⁶ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux. (art. 11)

⁵⁸⁷ ANAES a été créé par l'Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée (JO du 25 avril 1996, p. 6324). Elle a remplacé l'Agence nationale de l'évaluation médicale. La loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a remplacé l'ANAES par la Haute Autorité de Santé (HAS).

verrouillée est séparé de l'équipe de soins et des autres patients et se trouve de fait en isolement ; cet isolement ne peut être qu'à but thérapeutique conformément à la mission de soin de l'établissement de santé. » « Malgré les progrès des soins en psychiatrie, l'isolement à but thérapeutique est à la fois une pratique fréquente et l'objet d'incertitudes persistantes sur la pertinence et l'adéquation des conduites à tenir dans ce domaine » « considérant que l'isolement restait encore une nécessité thérapeutique, les professionnels de nombreux établissements ont manifesté la volonté d'améliorer leurs pratiques afin de mieux assurer la sécurité des patients. En effet, plus que le principe même de l'action thérapeutique par l'isolement, ce sont les risques de nature diverse qui ont conduit à cette démarche. Au premier plan figure le risque d'atteintes aux libertés individuelles, le risque d'incendie, ainsi que les risques liés à l'auto et l'hétéro-agressivité. » Le groupe d'experts a émis 23 critères pour évaluer la qualité de la mise en chambre d'isolement⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ ANAES, *L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie*, Evaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, Juin 1998.

⁵⁸⁹ ANAES, *L'audit clinique appliqué à l'utilisation des chambres d'isolement en psychiatrie*, Evaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé, Juin 1998, p. 42 et s.

Ces critères sont :

1. Les données concernant l'identité, les date et heure de début et de fin de MCI sont renseignées.
2. Si le patient vient d'une autre unité de soins, dans le cadre de ce qui est appelé un prêt de chambre d'isolement, le dossier du patient et toutes les informations nécessaires sont fournies, en temps utile.
3. La MCI est réalisée sur prescription médicale, d'emblée ou secondairement. Dans ce dernier cas, la prescription doit être réalisée dans l'heure qui suit le début de l'isolement.
4. L'isolement initial et chaque renouvellement éventuel sont prescrits pour une période maximale de 24 heures.
5. Le trouble présenté par le patient correspond aux indications de MCI et il n'y a pas d'utilisation à titre non thérapeutique.
6. Les contre-indications somatiques de la MCI sont identifiées et notées.
7. Les facteurs de risque éventuels (suicide, automutilation, confusion, risques métaboliques, médicamenteux et liés à la thermorégulation) sont repérés et un programme spécifique de surveillance et de prévention est mis en place.
8. La conformité de la MCI avec la modalité d'hospitalisation est examinée lors de la prescription.
9. L'absence de tout objet dangereux est vérifiée dans la CI ainsi que sur le patient. En cas d'existence d'un objet dangereux, les mesures adaptées sont prises.
10. L'entrée et la sortie du patient sont signalées aux services de sécurité incendie en temps réel.
11. La MCI est effectuée dans des conditions de sécurité suffisantes pour le patient et l'équipe de soins.
12. Le patient reçoit les explications nécessaires sur les raisons, les buts et les modalités de mise en œuvre de l'isolement. La nécessité d'informer l'entourage est examinée.
13. En cas de recours à la contention physique, celle-ci est réalisée avec les matériels adéquats, en toute sécurité pour le patient et en tenant compte de son confort.
14. Une visite médicale est assurée dans les deux heures qui suivent le début de l'isolement.
15. Le patient bénéficie d'au moins deux visites médicales par jour.
16. Le rythme programmé de surveillance de l'état psychique est respecté.
17. Le rythme programmé de surveillance de l'état somatique est respecté.
18. La surveillance biologique prescrite est réalisée.
19. Le séjour du patient en CI est interrompu par des sorties de courte durée, durant la journée.
20. Un entretien centré sur le vécu du patient en CI est réalisé à la fin du processus.

En outre, il convient de relever que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans son arrêt du 24 septembre 1992 que « *la situation d'infériorité et d'impuissance qui caractérise les patients internés dans des hôpitaux psychiatriques appelle une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention. S'il appartient aux autorités médicales de décider - sur la base des règles reconnues de leur science - des moyens thérapeutiques à employer, au besoin de force, pour préserver la santé physique et mentale des malades entièrement incapables d'autodétermination et dont elles ont donc la responsabilité, ceux-ci n'en demeurent pas moins protégés par l'article 3 (art. 3), dont les exigences ne souffrent aucune dérogation. Certes, les conceptions médicales établies sont en principe décisives en pareil cas: ne saurait, en général, passer pour inhumaine ou dégradante une mesure dictée par une nécessité thérapeutique. Il incombe pourtant à la Cour de s'assurer que celle-ci a été démontrée de manière convaincante. En l'espèce, c'est surtout la durée du maintien des menottes et du lit de sûreté (paragraphes 27-28 ci-dessus) qui apparaît préoccupante. Cependant, les éléments fournis à la Cour ne suffisent pas à réfuter la thèse du Gouvernement selon laquelle, d'après les principes psychiatriques communément admis à l'époque, un impératif médical justifiait le traitement litigieux* »⁵⁹⁰.

267. Pour ce qui concerne la contention, la conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, la considère comme « *une atteinte à la liberté inaliénable d'aller et venir. La contention systématique doit être interdite.* » « *La contention doit être exceptionnelle et réduite aux situations d'urgence médicale après avoir exploré toutes les solutions alternatives, et correspondre à un protocole précis :*

- recherche d'alternatives systématiquement réalisée au préalable,
- prescription médicale obligatoire en temps réel, après avoir apprécié le danger pour la personne et les tiers, et motivation écrite dans le dossier médical,
- déclaration dans un registre consultable dans l'établissement,

21. L'hygiène du patient est assurée durant toute cette phase de soins.

22. L'état de propreté de la chambre est vérifié au moins deux fois par jour.

23. Les documents (feuille de surveillance, rapport d'accident ...) sont intégrés au dossier du patient.

⁵⁹⁰ CEDH, 24 septembre 1992, n° 10533/83, Herczegfalvy c/ Autriche, *Les grandes décisions du droit médical*, obs. THIERRY J.-B., p. 139. (cons. 82 et 83)

- surveillance programmée, mise en œuvre et retranscrite dans le dossier de soins infirmiers,
- information de la personne et de ses proches,
- vérification de la préservation de l'intimité et de la dignité,
- réévaluation toutes les trois heures au plus avec nouvelle prescription en cas de renouvellement et nouvelle recherche d'alternatives »⁵⁹¹

268. La contention chimique a donc pris le pas sur la contention physique. En outre, la conférence de consensus sur la liberté d'aller et venir préconise l'adoption de recommandations de bonne pratique spécifiques à la contention physique

269. Il convient de relever que l'utilisation de neuroleptique a permis de diminuer le recours à la contention physique⁵⁹².

CONCLUSION DU CHAPITRE

270. Le droit assure la protection du corps de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques. Cependant, cette protection semble moins complète que celle prévue pour le majeur protégé. En effet, pour les actes thérapeutiques somatiques et les actes non thérapeutiques (à l'exception des recherches biomédicales), la personne faisant l'objet de soins sans consentement relève du droit commun. Elle n'est donc pas traitée en tant que personne vulnérable. Elle ne recevra une protection spéciale que si elle bénéficie d'une mesure de protection juridique. Dans les autres cas, elle pourra se voir appliquer le régime prévu pour les personnes hors d'état d'exprimer leur volonté dans lequel la décision appartient, après consultation des proches, au médecin. Ceci est une manifestation du paternalisme médical et ce d'autant plus que fréquemment, les personnes faisant l'objet de soins sans consentement se trouvent également dans des situations d'exclusion sociale.

⁵⁹¹Conférence de consensus : Liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité, 24 et 25 novembre 2004, avec participation ANAES et FHF, version longue, p. 21.

⁵⁹²V. DOUMENG, *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, préf. C. NEIRINCK ; Texte remanié d'une thèse de doctorat de Droit privé, Toulouse 1, 1998, PUAM, 2002, p. 317.

Une attention particulière est portée aux recherches biomédicales. L'analyse du régime de la recherche pratiquée sur une personne hospitalisée sans son consentement a permis de mettre en évidence que la protection était moins importante que celle du majeur protégé. En outre, la loi de 2004 a assoupli les règles relatives à la recherche sur les personnes privées de liberté. Il est vrai qu'un tel assouplissement était nécessaire pour développer la recherche dans le domaine des médicaments psychiatriques.

Par ailleurs, la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, a substitué la notion de soins psychiatriques sans consentement à celle d'hospitalisation psychiatrique. Il est vrai qu'elle permet d'offrir un cadre juridique aux prises en charge en dehors de l'hospitalisation complète ce qui permet de respecter l'autonomie et la liberté de la personne, cependant, se faisant elle consacre une nouvelle forme de soins sans consentement. Ainsi, même en dehors de la structure hospitalière la personne peut être contrainte dans les soins. Cette modalité de prise en charge fait apparaître une nouvelle problématique. En effet, l'hospitalisation peut être appréhendée en tant que sanction du non-respect du programme de soin. En outre, cette loi a expressément consacré la possibilité des soins sans consentement. Le soin psychiatrique est donc véritablement dérogatoire du droit commun. La protection du corps n'est donc pas assurée par le consentement mais seulement par l'encadrement des mesures de soins sous contrainte.

CONCLUSION DU TITRE 1

271. Le corps de la personne atteinte de trouble mental fait l'objet d'une attention particulière dans le Code de la santé publique. Un livre entier est consacré à la lutte contre la maladie mentale. En outre, des dispositions particulières sont prévues pour les actes médicaux du majeur protégé. Ainsi, le corps de la personne atteinte de trouble mental est protégé pour tous les actes médicaux, qu'ils soient thérapeutiques ou non, qu'ils soient somatiques ou psychiatriques.

Le principe du consentement du patient à l'acte médical joue un rôle essentiel dans la protection du corps de la personne. En effet, l'article 16-3 du Code civil subordonne l'atteinte au corps, au consentement de la personne et à la nécessité médicale. Cependant, le trouble mental ayant des incidences sur la capacité à consentir, l'assentiment à l'acte médical peut se révéler problématique. Par conséquent, des mécanismes sont mis en place pour permettre à la personne de recevoir des soins. En l'absence de mesure de protection juridique, lorsque la gravité du trouble est telle que la personne est considérée comme hors d'état de manifester sa volonté, le médecin prend la décision après avoir consulté des proches du patient. En présence d'une mesure de protection juridique, le médecin devra rechercher si la mesure prévoit des dispositions relatives à la protection de la personne. L'articulation entre les dispositions du Code de la santé publique et celles du Code civil sont plus complexes qu'il n'y paraît. En toute hypothèse, le consentement du patient doit être recherché.

272. Les soins psychiatriques sont une exception au principe du consentement. Ils peuvent être mis en œuvre sans le consentement voire malgré le refus du malade. Ceci se justifie par le fait que le soin doit permettre à la personne de retrouver sa capacité à consentir. La personne doit être protégée parfois contre elle-même.

Lorsqu'elles prennent la forme d'une hospitalisation complète, les mesures de soins psychiatriques sans consentement constituent en elles-mêmes des atteintes au corps. En effet, elles portent atteinte à la liberté d'aller et venir de la personne. Elles constituent des mesures privatives de liberté. En outre, certaines pratiques telles que la chambre d'isolement ou la contention représentent une contrainte physique. Le recours à de telles pratiques est donc encadré et doit demeurer exceptionnel.

La loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, a institué la possibilité des soins psychiatriques sous une forme autre que l'hospitalisation complète. Désormais, une prise en charge en soins ambulatoires ou en hospitalisation partielle est possible. Toutefois, il s'agit d'une nouvelle forme de soins sans consentement.

Même si elle est perfectible, il vient d'être démontré qu'il existe une protection du corps de la personne atteinte de trouble mental, que celle-ci bénéficie d'une mesure de protection juridique ou fasse l'objet de soins psychiatriques sans consentement. Il convient de se demander si la protection de la dignité de la personne atteinte de trouble mental se limite à la protection de son corps ou si le droit assure également une protection de la personne.

TITRE 2 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

273. Le principe de dignité de la personne humaine est applicable à l'ensemble des êtres humains. Le législateur a cependant souhaité réaffirmer de manière spécifique ce principe pour les personnes vulnérables. Plusieurs dispositions spéciales affirment le droit au respect de la dignité de la personne. Le Code de la santé publique énonce que la personne malade a droit au respect de sa dignité⁵⁹³, et de manière plus spécifique, qu'en toute circonstance, la dignité de la personne atteinte de troubles mentaux et faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, doit être respectée⁵⁹⁴. En outre, l'usager d'un établissement social ou médico-social a également droit au respect de sa dignité⁵⁹⁵. La protection juridique des personnes majeure est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne⁵⁹⁶. Enfin, le droit pénal sanctionne les atteintes à la dignité de la personne⁵⁹⁷.

Dans ces dispositions, la dignité se rattache à la personne, et non uniquement à son corps. Ainsi, indépendamment de son corps, la personne a droit au respect de sa dignité. Cette protection passe notamment par la reconnaissance de droits subjectifs. Il convient de relever que les droits de la personnalité ont vocation à assurer une telle protection.

274. En outre, la protection de la personne atteinte de trouble mental passe avant tout, par sa reconnaissance en tant que sujet de droit, en tant que titulaire de droits. En effet, la personnalité juridique est définie comme l'«*aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques*»⁵⁹⁸.

En philosophie, le sujet est celui qui peut dire « Je ». Cela présuppose que le sujet soit un être doué de raison, ait conscience de lui-même. La célèbre formule de Descartes, « je pense donc je suis », est problématique pour les personnes qui n'ont pas, en raison de troubles mentaux graves, une conscience d'eux-mêmes. Une telle formule ne doit pas être transposée en droit car elle reviendrait à nier la qualité de sujet de droits aux personnes qui n'ont pas conscience d'elles-mêmes et/ou de la société. Le principe du respect de la dignité

⁵⁹³ CSP, art. L. 1110-2.

⁵⁹⁴ CSP, art. L. 3211-3.

⁵⁹⁵ CASF, art. L. 311-3 1°.

⁵⁹⁶ C. civ., art. 415 al. 2.

⁵⁹⁷ C. pén., art. 225-1 et s.

Voir les développements sur la protection pénale de la personne vulnérable supra n° 34.

⁵⁹⁸ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

de toute personne humaine impose de retenir une conception objective de la notion de sujet de droit. C'est la loi qui confère la personnalité juridique et non la conscience de l'individu.

La reconnaissance en tant que sujet de droit de la personne atteinte de trouble mental constitue en soi une protection de la personne. Cependant, l'expression de sa volonté et l'exercice de ses droits sont sources de difficultés. Cette situation de fait est prise en compte par le droit à travers différents mécanismes dont celui de l'incapacité.

Il importe par conséquent de présenter les mécanismes assurant la protection de la personne du majeur protégé (Chapitre 1) et de celle faisant l'objet de soins psychiatriques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE DU MAJEUR PROTEGE

275. Le professeur Philippe Malaurie écrit *«aussi, dans le droit des incapacités y a-t-il de puissants et nobles sentiments : la solidarité et la miséricorde, la compassion et le combat contre la cupidité entre autres. Le droit des incapacités, malgré les apparences, n'est ni une pure technique, ni une recette de petits fonctionnaires ou d'activistes de la charité. Il a un souffle immense : l'amour du faible, du petit et de celui que la vie a broyé. Dans cette optique, les lois qui gouvernent les incapacités ont toujours été d'ordre public. C'était un noyau dur de l'ordre public familial, destiné à imposer une certaine conception de la protection des plus faibles »*⁵⁹⁹.

La protection de la personne du majeur protégé a connu une importante évolution (Section 1). Elle est désormais principalement assurée par le mécanisme de l'incapacité (Section 2).

Section 1 : L'évolution de la protection de la personne du majeur protégé

276. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique du majeur⁶⁰⁰ marque un tournant dans la protection de la personne. Pour pouvoir mettre en évidence cette affirmation, il convient de présenter la protection existant avant la loi du 5 mars 2007 (§1), puis celle issue de la réforme (§2).

Paragraphe 1 : La protection juridique de la personne du majeur avant la loi du 5 mars 2007

277. L'analyse de la protection juridique antérieure à la loi du 5 mars 2007, permet de mettre en évidence une évolution de la source du droit assurant cette protection. La protection de la personne a été assurée par la loi (I) puis par la jurisprudence (II).

⁵⁹⁹ Ph. Malaurie, Les personnes, les incapacités : Defrénois, coll. Droit civil, 3e éd. 2007, n° 493

⁶⁰⁰ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JO du 7 mars 2007, p. 4325.

I- La protection législative de la personne majeure

Il convient de présenter la protection qui existait avant la loi du 3 janvier 1968 (B) et notamment celle prévue dans le Code napoléonien (A).

A) La protection de la personne majeure dans le Code civil de 1804

278. Le souci de protection de la personne du majeur était intégré dans la conception qu'avait Portalis de la tutelle. Celui-ci a, en effet, affirmé dans son discours préliminaire du projet du Code civil qu'« *Un tuteur est préposé à la personne et aux biens ; il doit être choisi par la famille et dans la famille : car il faut qu'il ait un intérêt réel à conserver les biens, et un intérêt d'honneur et d'affection à veiller sur l'éducation et le salut de la personne. Il ne peut aliéner, sans cause et sans forme, le patrimoine confié à ses soins ; il doit administrer avec intelligence, et gérer avec fidélité ; il est comptable, puisqu'il est administrateur ; il répond de sa conduite ; il ne peut pas mal faire, sans être tenu de réparer le mal qu'il fait. Voilà toute la théorie des tutelles.* »⁶⁰¹

279. Le Code civil de 1804 organisait l'administration des biens des majeurs frappés de fureur, d'imbécilité ou de démence, ainsi que l'assistance du prodigue pour la réalisation de certains actes. Le Code civil de Napoléon n'employait pas le terme de curatelle. Ce qui deviendra la curatelle était appelée le conseil judiciaire⁶⁰². Le même code qualifiait le majeur sous tutelle « d'interdit ». Aux termes de l'article 509 du Code civil, « *l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens* ». La protection de la personne était donc prise en compte dans le Code civil de Napoléon. La finalité de l'interdiction n'était pas seulement la gestion des biens du majeur mais également le soin à la personne⁶⁰³. L'article 510 du Code civil prévoyait en ce sens que « *les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison* ». Il convient de préciser que le législateur de 1804 a accordé une place prépondérante à la famille du majeur tant au niveau de l'initiative de la mesure d'interdiction qu'au niveau de son exécution. En revanche, aucune place n'était laissée au corps médical dans la procédure d'interdiction.

⁶⁰¹J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801*, préf. M. MASSENET, Editions Confluences, coll. Voix de la cité, Bordeaux, 2004, p. 53.

⁶⁰² Le conseil judiciaire était régi par les articles 513 et suivants du Code civil.

⁶⁰³C. WONG, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préface B. DUBOIS, Dunod, 2009, p. 17.

B) Les autres interventions législatives antérieures à la loi du 3 janvier 1968

280. La loi du 30 juin 1838 sur les aliénés⁶⁰⁴ prévoyait dans ses articles 31 et suivants les règles de gestion des biens d'un majeur placé dans un établissement d'aliénés mais non interdit. Etant uniquement applicable aux personnes non interdites, la loi complétait le dispositif mis en place sous Napoléon. Dans la pratique, le mécanisme mis en place en 1838 a été utilisé pour détourner celui de 1804 qui ne permettait pas une gestion aussi souple⁶⁰⁵. Ce détournement est critiquable car le dispositif de 1838 est moins protecteur de la personne que celui de 1804⁶⁰⁶. En effet, la gestion des biens était assurée par un administrateur, membre de la commission d'administration ou de surveillance de l'établissement, chargé de percevoir les sommes dues à l'aliéné, de les verser dans la caisse de l'établissement et de les employer, s'il y avait lieu, au profit de la personne placée dans l'établissement⁶⁰⁷. La famille ne participait pas à la gestion des biens.

281. Par ailleurs, la loi du 27 février 1880⁶⁰⁸ est venue compléter les règles de gestion des biens des incapables en encadrant celle des biens incorporels. Contrairement à ce que l'intitulé de la loi pourrait laisser penser, ces règles de gestion ne se limitent pas au patrimoine du mineur ou de l'interdit mais sont également applicables aux tutelles de l'assistance publique et des administrations hospitalières⁶⁰⁹.

282. La loi du 18 octobre 1966⁶¹⁰ organisait la tutelle aux prestations sociales. Cette mesure de protection prononcée par le juge des tutelles est dissociable de l'interdiction⁶¹¹.

⁶⁰⁴Loi n° 7443 du 30 juin 1838, sur les aliénés, bulletin des lois, n° 581, p. 1005 ; recueil Duvergier p. 490.

⁶⁰⁵Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface P. GOHET, ESF, 4ème éd., 2008, p. 39.

⁶⁰⁶C. WONG, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préface B. DUBOIS, Dunod, 2009, p. 20.

⁶⁰⁷Loi n° 7443 du 30 juin 1838, sur les aliénés, bulletin des lois, n° 581, p. 1005 ; recueil Duvergier p. 490 (art. 31).

⁶⁰⁸Loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur, JO du 12 février 1880 p. 45.

⁶⁰⁹Article 8 loi du 27 février 1880.

La tutelle de l'assistance publique concerne les enfants trouvés et abandonnés. La tutelle des administrations hospitalières concerne les aliénés.

V. G. DELOISON, *Traité des valeurs mobilières françaises et étrangères*, L. LAROSE et FORCEL, 1890, p. 262.

⁶¹⁰Loi n°66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, JO du 19 octobre 1966 p. 9219.

L'inadaptation des divers mécanismes en vigueur à la réalité, a conduit le législateur à intervenir⁶¹².

II- La protection jurisprudentielle de la personne majeure

283. Le Doyen Carbonnier a rédigé le projet de réforme du droit des incapables majeurs. La loi du 3 janvier 1968⁶¹³, a réformé en profondeur le droit existant en la matière. La notion de majeur protégé se substitue à celle d'interdit. La prise en charge médicale des malades mentaux et la protection juridique sont dissociées⁶¹⁴. La loi ne traite que de la seconde mais est applicable à toute personne qui a besoin d'être protégée qu'elle soit ou non placée dans un établissement psychiatrique. La loi ne conçoit l'incapacité que comme une exception⁶¹⁵. Elle crée un juge spécifique : le juge des tutelles.

284. La loi du 3 janvier 1968 met en place des mécanismes protecteurs du patrimoine de la personne mais ne prévoit pas expressément la protection de la personne. Elle se contente d'organiser certains aspects de la protection de la personne tels que le cadre de vie du majeur protégé, la protection de son patrimoine à caractère personnel⁶¹⁶. Ainsi, une attention particulière est portée au logement, aux souvenirs et objets à caractère personnel⁶¹⁷ ainsi qu'à sa vie familiale. En outre, certains actes sont considérés comme éminemment personnels⁶¹⁸.

285. Dans le silence de la loi, la jurisprudence est venue consacrer le principe de la protection de la personne (A) et en préciser le régime (B).

⁶¹¹C. WONG, *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préface B. DUBOIS, Dunod, 2009, p. 20.

⁶¹²Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface P. GOHET, ESF, 4ème éd., 2008, p. 39 ; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 2, p. 2.

⁶¹³Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO du 4 janvier 1968, p. 114.

⁶¹⁴L'article 490-1 du Code civil prévoyait notamment que « *Les modalités du traitement médical, notamment quant au choix entre l'hospitalisation et les soins à domicile, sont indépendantes du régime de protection appliqué aux intérêts civils.*

Réciproquement, le régime applicable aux intérêts civils est indépendant du traitement médical.

Néanmoins, les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils sont précédées de l'avis du médecin traitant ».

⁶¹⁵Article 1^{er} de la loi (ancien article 488 du Code civil).

⁶¹⁶Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs.

⁶¹⁷C. civ., art. 490-2 (ancien).

⁶¹⁸Cette notion fait l'objet d'un développement spécifique infra n° 539 et s.

A) L'affirmation du principe de protection de la personne

286. Malgré le silence de la loi, la jurisprudence considère que d'une façon générale, les régimes civils d'incapacité ont pour objet «*de pourvoir à la protection de la personne et des biens de l'incapable*»⁶¹⁹. La Cour de cassation dans cet arrêt de 1989 a donc voulu, en l'espèce de manière incidente, dégager un principe général. Il était possible de s'interroger sur la portée de cette jurisprudence. En effet, la décision judiciaire faisant référence aux régimes civils d'incapacité, la tutelle et la curatelle entraient nécessairement dans son champ d'application. En revanche, cela était moins évident pour la sauvegarde de justice qui ne constituait pas un régime d'incapacité. S'agissant d'un régime de protection, sa finalité est de pourvoir aux intérêts de la personne⁶²⁰. C'est d'ailleurs dans l'intérêt de la personne que le juge décide des modalités de mise en œuvre des régimes de protection. Par exemple, dans son arrêt du 11 juin 1991, la Cour de cassation relève «*que la désignation d'un mandataire spécial, extérieur à la famille, permettrait de meilleurs progrès thérapeutiques*»⁶²¹. La mesure de sauvegarde de justice étant motivée par des intérêts d'ordre purement patrimoniaux, la protection de la personne est envisagée d'un point de vue global. C'est pour protéger la personne qu'on limite les pouvoirs du mandataire en matière personnelle. En outre, sous l'empire de la loi de 1968, les mandats conventionnels⁶²² ou spéciaux⁶²³, ainsi que le mécanisme de la gestion d'affaires⁶²⁴ ne s'attachaient qu'à la gestion du patrimoine du majeur protégé. Il n'était pas prévu que le mandataire spécial puisse avoir pour mission de protéger la personne. Seules les dispositions générales aux majeurs protégés, relatives à la protection du logement et des objets personnels, assuraient une protection de la personne du majeur sous sauvegarde de justice. Il convient de relever que la sauvegarde de justice, qui permet à la personne protégée de conserver sa pleine capacité d'exercice est en elle-même une mesure protectrice de la personne. La

⁶¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, Bull.civ. I, n° 156, p. 103 ; Defrénois 1989, art. 34574, n° 90, obs. J. MASSIP ; JCP N. 1989, II, p 313, JCP 1990, II 21467, note Th. FOSSIER ; D. 1989, p. 493, note J. MASSIP.

⁶²⁰ C. civ., art. 490 (ancien).

⁶²¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, Bull. civ. I, n° 195, p. 128 ; JCP 1992, II 21879, p. 225 et JCP N 1992, II, p. 142, note Th. FOSSIER ; RTD civ. 1991 (3), p. 501, obs. J. HAUSER.

Nota : dans ce même arrêt, il a été jugé que le fait de confier à un mandataire spécial la mission de recevoir le courrier de la personne ne portait pas atteinte à sa vie privée et à sa liberté dans la mesure où le mandataire n'avait pas le pouvoir de contrôler le courrier. Cette solution était motivée par le fait que la gestion du patrimoine impliquait des réponses rapides à toutes correspondances administratives ou d'affaires.

⁶²² C. civ., art. 491-3 (ancien).

⁶²³ C. civ., art. 491-5 (ancien).

⁶²⁴ C. civ., art. 491-4 (ancien) et 1372 et s..

jurisprudence de 1989 a donc dégagé un principe général applicable à l'ensemble des régimes de protection : sauvegarde de justice, curatelle et tutelle.

287. En 1989, la Haute juridiction dégage le principe de protection de la personne en faisant une interprétation téléologique de la loi, mais sans préciser le fondement textuel précis. Or, elle aurait pu se fonder sur différents articles du Code civil qui font référence plus ou moins directement à la protection de la personne. Elle aurait pu notamment viser les articles 490, 495 ou 500 du Code civil.

288. L'article 490 du Code civil prévoit qu'il « *est pourvu aux intérêts de la personne* ». Ce fondement ne sera visé par la Cour de cassation qu'en 1998⁶²⁵. En effet, dans son arrêt du 25 février 1998, la Haute juridiction considère qu'« *il résulte de l'article 490 du Code civil que la mesure édictée en faveur d'un majeur, dont les facultés mentales sont altérées, concerne non seulement la gestion de ses biens mais aussi la protection de sa personne* »⁶²⁶.

289. Par ailleurs, l'article 495 du Code civil dispose « *sont applicables à la tutelle des majeurs les règles prescrites par les sections 2, 3 et 4 du chapitre II du titre X du présent livre pour la tutelle des mineurs.* » Par conséquent, les articles 393 à 475 du Code civil étaient applicables à la tutelle des majeurs. Certains de ces articles font référence à la protection de la personne du mineur. Tel est le cas des articles 417 et 450. L'article 417 du Code civil offre la possibilité au conseil de famille de diviser la tutelle entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens. En outre, l'article 450 du Code civil prévoit que le tuteur doit prendre soin de la personne du mineur. Il convient de relever que la combinaison des articles 495 et 450 du Code civil a été utilisée au pourvoi qui a donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 février 1993 mais n'a pas été retenu comme fondement dans l'attendu de la Cour⁶²⁷.

⁶²⁵ M.-E. OPPELT-REVENEAU, « La protection de la personne de l'incapable majeur », LPA 1999, n° 220, p. 4.

⁶²⁶ Cass. civ. 2ème, 25 février 1998, Bull. civ. II, n° 62, p. 38 ; Defrénois 1998, art. 36860, n° 101, p. 1029, obs. J. MASSIP, D. 1998, p. 315, concl. KESSOUS, chron. 240 ; JCP 1998, II, 10149, note G. VINEY, Gaz. Pal. 1998, 2, p. 725, note BONNEAU ; RTD civ. 1998, p. 345, obs. J. HAUSER ; p. 388, obs. JOURDAIN.

⁶²⁷ Cass. civ. 1ère, 24 février 1993, Bull. civ. 1993 I, n° 87, p. 57 ; Defrénois 1993, art. 3611, n° 88, p. 1000 ; D. 1994, p. 21, note J. MASSIP ; JCP 1994, II 22319, note Th. FOSSIER ; RTD civ. 1993, p. 326, obs. J. HAUSER ; D. 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE.

290. L'article 500 du Code civil relatif aux pouvoirs du gérant de la tutelle, vise les autres actes que la perception des revenus des majeurs. Ceux-ci peuvent être des actes relatifs à la gestion du patrimoine de l'incapable mais également des actes relatifs à sa personne. La doctrine semblait exclure l'application de l'article 500 du Code civil à des actes relatifs à la personne car il s'agit d'actes graves. Ce fondement serait limité aux actes patrimoniaux⁶²⁸. Cependant, il importe de noter que ce fondement sera visé par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 février 1993⁶²⁹. La protection de la personne est donc indépendante du mode protection.

B) La mise en place d'un régime de protection de la personne

291. Le législateur n'ayant pas expressément prévu la protection de la personne, il n'a pas non plus envisagé sa mise en œuvre. Par conséquent, les principes régissant la protection de la personne ont également été dégagés par la jurisprudence. C'est ainsi que le juge des tutelles s'est vu reconnaître un pouvoir de contrôle du tuteur pour les actes les plus graves⁶³⁰. En effet, la jurisprudence considère que pour certains actes relatifs à la personne du majeur, le tuteur ne peut décider seul mais doit être autorisé par le juge des tutelles ou le conseil de famille. Tel est le cas pour la reproduction de l'image de la personne protégée⁶³¹.

292. En outre, lorsque le juge prend des décisions relatives à la personne protégée, il doit tenir compte de la volonté de celle-ci dès lors qu'elle en est capable. Statuant sur la fixation du lieu de résidence de la personne sous tutelle, la Haute juridiction relève dans un arrêt du 25 mars 1997 que la personne « *est capable d'évoluer et de faire des progrès sur le plan intellectuel, affectif et social, qu'elle n'est pas dépourvue de volonté propre et qu'elle a émis à*

⁶²⁸Th. FOSSIER, « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur », JCP N 1985, I, 3195 ; Cl. GEFFROY, note sous TI Brest, 25 avril 1978, D. 1978, p. 697 ; J. HAUSER, obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, juin 1991, RTD civ. 1991 (3), p. 502.

⁶²⁹Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1993, Bull. civ. 1993 I, n° 87, p. 57 ; Defrénois 1993, art. 3611, n° 88, p. 1000 ; D. 1994, p. 21, note J. MASSIP ; JCP 1994, II 22319, note Th. FOSSIER ; RTD civ. 1993, p. 326, obs. J. HAUSER ; D. 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE.

⁶³⁰M.-E. OPPELT-REVENEAU, « La protection de la personne de l'incapable majeur », LPA 1999, n° 220, p. 4.

⁶³¹Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1993, Bull. civ. 1993 I, n° 87, p. 57 ; Defrénois 1993, art. 3611, n° 88, p. 1000 ; D. 1994, p. 21, note J. MASSIP ; JCP 1994, II 22319, note Th. FOSSIER ; RTD civ. 1993, p. 326, obs. J. HAUSER ; D. 1993, p. 614, note Th. VERHEYDE.

*plusieurs reprises le souhait de rester près de son père »*⁶³². Dans cette espèce, le juge a tenu compte du souhait manifesté par la personne majeure sous tutelle.

293. Si, sous l'empire de la loi de 1968 la protection de la personne est organisée par la jurisprudence, il convient de noter qu'il existe une hypothèse dans laquelle la protection de la personne a un fondement textuel. En effet, dans le cadre de la tutelle et de la curatelle d'Etat, le décret du 6 novembre 1974, évoque expressément la tutelle à la personne⁶³³. Ce décret prévoit que la tutelle à la personne et la tutelle aux biens peuvent être exercées par deux personnes différentes.

294. Un détournement des mécanismes de protection a été constaté et critiqué. La tutelle a été utilisée pour répondre à des difficultés sociales⁶³⁴. Les dérives et les dysfonctionnements des dispositifs de protection des majeurs ont été mis en évidence par un rapport des trois inspections générales en juillet 1998⁶³⁵. Ce rapport préconise des modifications du dispositif guidées par un souci de clarification, de régulation et de contrôle. La clarification du dispositif suppose un aménagement des critères d'attribution des mesures, une redéfinition de celles-ci, une précision du rôle des différents gestionnaires et une refonte des mécanismes de financement. La régulation du dispositif prend la forme d'une responsabilisation et d'une coordination des acteurs. Le contrôle du dispositif nécessite une réorganisation des procédures de contrôle et un renforcement des exigences de qualité qui implique notamment la réglementation de l'accès aux métiers liés à la protection des majeurs.

295. A la suite de ce rapport, un groupe de travail interministériel présidé par Jean FAVARD, conseiller honoraire à la Cour de cassation, a été chargé en juin 1999, de travailler sur le dispositif de protection des majeurs. Le rapport de ce groupe de travail, rendu en avril 2000, émet des propositions et des recommandations « *afin de rendre leur pleine effectivité*

⁶³² Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, Bull. civ. I, n° 107, p. 71 ; Defrénois 1997, art. 36690, n° 142, p. 1338, obs. J. MASSIP ; JCP 1997, II, 22882, note Th. FOSSIER.

⁶³³ Décret n°74-930 du 6 novembre 1974 portant organisation de la tutelle d'Etat prévue à l'article 433 du Code civil, JO du 8 novembre 1974, p. 11307 (article 2, 6, 7 et 8).

⁶³⁴ F. ARBELLOT, *Droit des tutelles : protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2007, p. 37.

⁶³⁵ Rapport de l'inspection générale des finances (N° 98-M-011-02), de l'inspection générale des services judiciaires (N° 7-98) et de l'inspection générale des affaires sociales (N° SOAEQ 9800033) sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs, La Documentation française, juillet 1998.

aux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1968 et de redonner à la protection judiciaire des majeurs toute sa souplesse et toute son efficacité. »⁶³⁶ Le rapport affirme qu'il « importe de placer la personne, avant même la sauvegarde de ses biens, au cœur de toute évolution du dispositif de protection des majeurs. »⁶³⁷

296. Parallèlement, le Conseil de l'Europe, dans ses recommandations sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptées le 23 février 1999, s'est intéressé à la protection de la personne⁶³⁸. Au sein des principes directeurs figurent le respect des droits de l'homme et notamment du respect de la dignité de chaque personne⁶³⁹, ainsi que les principes de préservation maximale de la capacité⁶⁴⁰, de nécessité et de subsidiarité⁶⁴¹, de proportionnalité⁶⁴², de prééminence des intérêts et du bien-être de la personne⁶⁴³, de respect des souhaits et des sentiments de la personne⁶⁴⁴. Plusieurs articles des recommandations sont consacrés au domaine de la santé⁶⁴⁵.

Paragraphe 2 : La protection de la personne du majeur après la loi du 5 mars 2007

297. Le législateur de 2007 a voulu étendre la protection à la personne elle-même et non plus seulement à ses biens⁶⁴⁶. Cette volonté se traduit par la proclamation de la protection de la personne (I) mais également par la construction d'un régime de protection (II).

⁶³⁶ Rapport définitif du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, La Documentation française, avril 2000, p. 3.

⁶³⁷ Rapport définitif du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, La Documentation française, avril 2000, p. 6.

⁶³⁸ Recommandation n° R (99) 4 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

⁶³⁹ Principe 1 des recommandations.

⁶⁴⁰ Principe 3 des recommandations.

⁶⁴¹ Principe 5 des recommandations.

⁶⁴² Principe 6 des recommandations.

⁶⁴³ Principe 8 des recommandations.

⁶⁴⁴ Principe 9 des recommandations.

⁶⁴⁵ Principes 22 à 28 recommandations.

⁶⁴⁶ Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs.

I- La proclamation de la protection de la personne

298. Le souci de protection de la personne transcende l'œuvre législative. Elle a été une préoccupation constante des rédacteurs. Ceci transparait symboliquement dans le choix de la terminologie employée (A) mais surtout par l'affirmation solennelle de la protection de la personne (B).

A) La disparition du terme incapable

299. Le législateur de 1968 a substitué la notion de majeur protégé à celle d'interdit. Il s'est également attaché à faire disparaître le terme « *incapable* » considéré comme humiliant. Cependant, il n'a pas réussi à éradiquer totalement ce vocable. Le législateur de 2007 est venu prolonger cette œuvre.

300. Tout d'abord, la disparition du terme incapable se manifeste au niveau de l'intitulé de la loi. En effet, tandis que la loi du 3 janvier 1968 s'intitulait « *portant réforme du droit des incapables majeurs* », la nouvelle loi se qualifie de « *portant réforme de la protection des majeurs* ».

301. Ensuite, le législateur de 2007 s'est efforcé de faire disparaître le terme incapable du Code civil. C'est ainsi que l'article 10 de la Loi supprime cette terminologie des articles 249-2, 1304, 1399, 2409 et 2410. Le terme incapable est remplacé par « *la personne en tutelle ou en curatelle* » ou par « *la personne protégée* ». Le terme incapable apparaît seulement treize fois dans le Code civil⁶⁴⁷. Il est généralement utilisé en tant qu'adjectif. Le terme incapable n'apparaît que quatre fois en tant que nom commun⁶⁴⁸. Il a donc quasiment disparu du Code civil.

302. Enfin, la volonté de disparition du terme incapable transparait également à travers l'usage de la notion de majeur protégé ou de personne protégée. La terminologie « *majeur protégé* » n'était utilisée que quatre fois dans le Code civil⁶⁴⁹ ; alors que depuis la loi de

⁶⁴⁷ C. civ., art. 902, 911, 1043, 1123, 1124, 1241, 1844-16, 1873-7, 1873-8 (deux occurrences), 1925, 1970 et 1994.

⁶⁴⁸ C. civ., art. 1844-16, 1873-7 et art. 1873-8 (deux occurrences).

Obs : Thierry FOSSIER a dénombré cinq occurrences du terme incapable. Voir : Th. FOSSIER, « La réforme de la protection des majeurs - Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », JCP 2007, I 118 et JCP N 2007, p. 1128.

⁶⁴⁹ C. civ., art. 766, 812-1, 813-5 et 1124 ancien.

2007, celle de « *personne protégée* » figure dans soixante-deux articles du même Code⁶⁵⁰. En outre, le législateur a également, en quelque sorte décliné la terminologie « *protection des majeurs* » en créant une nouvelle profession et donc une nouvelle dénomination : les mandataires judiciaires à la protection des majeurs⁶⁵¹.

303. Au-delà d'un simple changement sémantique, la disparition du terme incapable démontre un véritable changement de perspectives⁶⁵². Le traitement de la situation de la personne vulnérable n'est plus vu sous l'angle des conséquences mais sous celui de la cause. Ce n'est plus la perte de capacité mais le besoin de protection qui est mis en évidence⁶⁵³.

B) L'inscription du principe de la protection de la personne

304. L'une des principales innovations de la loi du 5 mars 2007 est l'affirmation de la protection de la personne. Désormais, celle-ci est expressément prévue par le Code civil.

305. L'article 415 du Code civil dispose dans son premier alinéa « *Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre.* » Ainsi, dès le premier article des dispositions communes aux majeurs protégés, la protection de la personne apparaît et ce, avant celle des biens. Il s'agit donc d'un principe général applicable à l'ensemble des

⁶⁵⁰ C. civ., art. 249-2, 415, 416, 418, 419, 420, 422, 426, 427, 435, 436, 437, 443, 444, 446, 447, 448, 449, 450, 454, 455, 456, 457-1, 458, 459, 459-1, 459-2, 461, 462, 464, 465, 467, 470, 472, 475, 483, 486, 487, 488, 495-4, 495-8, 496, 498, 499, 500, 501, 503, 504, 505, 506, 507, 507-1, 507-2, 508, 509, 510, 512, 513, 514, 515, 1399 et 2410.

L'expression « majeur protégé » apparaît dans les articles 509, 766, 812-1, 813-5, 1124 et 1304.

⁶⁵¹ CASF, art. L. 471-1 et s.

⁶⁵² Le professeur Jean HAUSER explique que le changement sémantique est plus que symbolique car il permet de remettre en cause le principe de l'incapacité. Il affirme que « *Si donc le concept même d'incapacité doit être remplacé par celui de protection, c'est à une inversion des priorités que répond le changement de terminologie. Certes, il serait illusoire de croire que tout cela ne se traduira pas souvent par une diminution réelle de la capacité de la personne protégée mais, au plan logique, au-delà d'un simple affichage, c'est tout de même affirmer que la diminution de la capacité n'est pas l'alpha et l'oméga de ce droit, que ce n'est qu'un moyen technique ultime et subsidiaire parmi d'autres et non sa philosophie globale.* » J. HAUSER, « La notion d'incapacité », LPA 2000, n° 162, p. 3.

Le professeur Philippe MALAURIE considère également qu'en « *disant que l'incapacité du majeur devient une protection, le droit est devenu plus souple et plus circonstancié, plus humain ; en droit, les mots ont parfois un pouvoir dépassant le vide du verbiage.* » Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA 28 mars 2007, n° 63, p. 5.

⁶⁵³ I. MARIA, *Les incapacités de jouissance, Etude critique d'une catégorie doctrinale*, préf. P. ANCEL, Texte remanié d'une thèse de doctorat de Droit privé, soutenue en 2006 à l'Université de Saint Etienne, sous-direction B. BEIGNIER, Defrénois, Lextenso éditions, coll. Doctorat & Notariat, tome 44, 2010, p. 98, note de bas de page n° 163.

mesures, que celles-ci soient juridiques ou d'accompagnements d'ordre social. Cet article prévoit les règles générales qui doivent guider le juge au niveau du choix de la mesure de protection.

306. Le principe de protection de la personne est également repris au second alinéa l'article 425 du Code civil, applicable à l'ensemble des mesures de protection juridique. Cet article prévoit que la personne chargée de la protection d'un majeur assure, en principe, la protection des biens et de la personne. En outre, différents articles du Code civil sont consacrés aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne⁶⁵⁴. Il est également prévu que le mandataire puisse se voir confier une mission de protection de la personne qu'il s'agisse d'un mandataire spécial désigné dans le cadre d'une sauvegarde de justice⁶⁵⁵ ou d'un mandataire désigné dans un mandat de protection future⁶⁵⁶.

307. Le législateur de 2007 ne s'est pas contenté de consacrer la protection de la personne en tant que principe, il a également prévu les règles applicables en la matière.

II- Le contenu de la protection de la personne

308. Le législateur de 2007 a mis en place un véritable dispositif de protection du majeur protégé. Il s'agit désormais d'un dispositif autonome, quasiment indépendant de celui mis en place pour les mineurs. En effet, sous l'empire de la loi de 1968, en matière de tutelle, l'article 495 du Code civil opérait un renvoi aux dispositions relatives à la tutelle des mineurs, sous réserves de celles concernant l'éducation de l'enfant. Désormais, seules les dispositions relatives aux charges tutélaires⁶⁵⁷ et à la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle⁶⁵⁸, sont communes à la protection des mineurs et des majeurs. Les dispositions relatives aux charges tutélaires précisent le statut des personnes qui ne peuvent pas être tuteur, ainsi que les conditions de retrait de cette charge ou de son remplacement. Le renvoi aux dispositions applicables aux mineurs se limite à trois articles du code. Cette limitation de

⁶⁵⁴ C. civ., art. 457-1 à 463.

⁶⁵⁵ C. civ., art. 438.

⁶⁵⁶ C. civ., art. 479.

⁶⁵⁷ L'article 445 du Code civil opérant un renvoi aux articles 395 à 397 du même code.

⁶⁵⁸ C. civ., art. 496 à 515. Il n'y a pas de renvoi mais de véritables dispositions communes aux majeurs et aux mineurs.

la technique du renvoi permet d'éviter une infantilisation du majeur protégé⁶⁵⁹. Ainsi, le législateur de 2007 a créé un corpus normatif propre à la protection des majeurs. L'existence d'un titre commun aux mineurs et majeurs sous tutelle permet de limiter les questions d'interprétation suscitées par le mécanisme du renvoi.

309. Il s'agit d'une protection de la personne et non d'une tutelle à la personne⁶⁶⁰. Le législateur n'a pas calqué les règles relatives à la protection de la personne sur celles régissant la gestion du patrimoine. En matière personnelle, la technique de l'assistance doit être préférée à celle de la représentation⁶⁶¹.

Il importe de présenter le droit commun (A) et le droit spécial de la protection de la personne (B).

A) Le droit commun de la protection de la personne

310. Pour pouvoir parler de droit commun, il convient au préalable d'identifier l'assiette de ce droit. En effet, de nombreuses dispositions du Code civil posent le principe ou ont trait à la protection de la personne. L'article 415 du Code civil est applicable à l'ensemble des mesures de protection des majeurs, tandis que l'article 425 n'est applicable qu'à l'ensemble des mesures de protection juridique et que le champ d'application des articles 457-1 et suivants se limite aux mesures de curatelle et de tutelle. Les mesures de curatelle et de tutelle appartenant elles-mêmes à la catégorie des mesures de protection juridique qui sont elles-mêmes des mesures de protection, il existe, à la manière des poupées russes, plusieurs strates de droits communs.

311. Pour ce qui concerne le droit commun des mesures de protection, l'article 415 du Code civil pose le principe de la protection de la personne et de ses biens. Ce même article

⁶⁵⁹ Au sujet de l'infantilisation du majeur protégé, Jean Carbonnier relève que le législateur de 1968, et plus précisément l'ancien article 495 du Code civil « *avait tenté d'exorciser en repoussant du statut des majeurs protégés toute analogie à l'éducation.* » (préface à J. MASSIP, *Les majeurs protégés*, tome I : Régime juridique, préf. J. CARBONNIER, Répertoire du notariat Defrénois, 1994, p. 13.)

⁶⁶⁰ A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 591, p. 256. Th. FOSSIER, « La protection de la personne, un droit flexible », *Dr. Famille*, mai 2007, étude 17.

⁶⁶¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p. 119 ; Cl. GEFFROY, « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », *JCP* 1933, I, 3724, p. 527.

se poursuit en précisant que « *Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci.* » La référence aux libertés individuelles, aux droits fondamentaux et à la dignité de la personne n'est pas qu'un simple rappel des principes fondamentaux qui gouvernent le droit des personnes⁶⁶². Le juge qui décidera d'ouvrir une mesure de protection devra justifier sa décision au regard de ces principes et ce, tant au niveau de l'instauration de la mesure de protection qu'au niveau de sa mise en œuvre⁶⁶³.

312. Pour ce qui concerne le droit commun des mesures de protection juridique, l'article 425 permet au juge de limiter la mission de la personne chargée de la protection à la personne ou aux biens de celle-ci. Par conséquent, l'hypothèse dans laquelle un majeur serait protégé au niveau de ses biens mais pas pour sa personne est tout à fait envisageable. Tel pourra être le cas d'une personne âgée ayant un patrimoine important mais qui n'est plus capable de le gérer au mieux de ses intérêts patrimoniaux.

313. Pour ce qui concerne le droit commun des mesures judiciaires de protection juridique, l'article 428 du Code civil pose les principes généraux gouvernant les choix de la mesure de protection. Les principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation, permettent d'assurer la protection de la personne, tout en ne se limitant pas à ce domaine de protection. En outre, le principe de l'audition par le juge de l'intéressé⁶⁶⁴ lequel peut se faire assister d'un avocat ou de toute autre personne de son

⁶⁶² Contra : Le professeur Philippe MALAURIE s'interroge sur la portée normative de ce texte et considère qu'il s'agit plus d'un « *exposé des motifs que d'une règle normative* ». Ph. MALAURIE, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », Defrénois 2007, art. 38510, p. 13.

⁶⁶³ Th. FOSSIER, « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1277.

⁶⁶⁴ Si l'audition est le principe, l'article 432 alinéa 2 prévoit une exception. « *Le juge peut toutefois, par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté.* »

En outre, en matière de sauvegarde de justice, l'article 433 du Code civil prévoit qu'en cas d'urgence, le juge peut statuer sans avoir auditionné l'intéressé. Toutefois, il devra l'entendre dans les meilleurs délais sauf si un avis médical atteste que l'audition est de nature à porter atteinte à la santé de l'intéressé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté.

choix⁶⁶⁵, est de nature à assurer la protection de la personne. Ce principe indispensable pour assurer les droits de la défense, permet à la personne vulnérable de devenir sujet de sa protection, et non plus seulement objet.

314. Pour ce qui concerne le droit commun des mesures de tutelle et curatelle⁶⁶⁶, les articles 457-1 à 459 du Code civil sont consacrés aux effets de ces mesures quant à la protection de la personne. En réalité, le champ d'application de ce droit commun n'est pas limité aux mesures de tutelle et de curatelle. En effet, l'article 438 du Code civil qui prévoit la possibilité de confier au mandataire spécial une mission de protection de la personne opère un renvoi aux dispositions relatives aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne. En outre, en matière de mandat de protection future l'article 479 du Code civil opère un renvoi quasiment identique⁶⁶⁷. Par conséquent, le droit annoncé comme commun à la tutelle et à la curatelle est en réalité commun aux mesures de protection juridique. Ce droit commun comprend une obligation d'information du majeur protégé et des règles encadrant la réalisation des actes non patrimoniaux. A l'instar de ce qui a pu être fait en matière médicale⁶⁶⁸, le législateur a créé une obligation d'information à la charge de la personne assurant la protection. Cette obligation incombe à l'ensemble des personnes chargées de la protection, que celles-ci aient ou non un pouvoir d'assistance ou

Cette obligation d'audition du majeur protégé est également contenue dans l'article 1220-3 du Code de procédure civile, applicable à toutes les requêtes relatives à la protection de la personne du majeur protégé.

⁶⁶⁵ C. civ., art. 432 al. 1.

⁶⁶⁶ La doctrine qui s'intéresse au droit commun de la protection de la personne, en tant que droit commun, se limite, à celui posé aux articles 457-1 et suivants du Code civil. V. notamment A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE, et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 627 et s., p. 272 ; O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, n° 120 et s., p. 116 ; Th. FOSSIER et Th. VERHEYDE, *Réforme des tutelles : la protection de la personne*, AJ Famille 2007, p. 160 ; Th. FOSSIER, *La protection de la personne, un droit flexible*, Dr. Famille, mai 2007, étude 17 ; Th. VERHEYDE, *La protection de la personne du majeur protégé*, in « Dossier - Réforme des tutelles : les décrets », AJ Famille 2009, p. 19.

⁶⁶⁷ En matière de sauvegarde de justice, l'article 438 du Code civil opère un renvoi aux articles 457-1 à 463 du Code civil ; alors qu'en matière de mandat de protection future, l'article 479 du même Code n'opère un renvoi qu'aux articles 457-1 à 459-2. Les articles 460 à 461 du Code civil étant relatifs au mariage ou au pacte de solidarité civile conclu par un majeur sous tutelle ou curatelle, ils n'ont pas vocation à s'appliquer en matière de sauvegarde car cette mesure n'instaure pas une incapacité. En revanche l'article 463 du Code civil qui prévoit qu'« à l'ouverture de la mesure ou, à défaut, ultérieurement, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué décide des conditions dans lesquelles le curateur ou le tuteur chargé d'une mission de protection de la personne rend compte des diligences qu'il accomplit à ce titre » est transposable au mandat spécial institué dans le cadre d'une sauvegarde de justice. L'absence de renvoi à l'article 463 en matière de mandat de protection future s'explique par le fait que c'est le mandat lui-même qui prévoit les modalités de contrôle de son exécution en matière de protection de la personne (C. civ., art. 479).

⁶⁶⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

de représentation en matière personnelle⁶⁶⁹. Cette information est le préalable indispensable à la prise de décision par le majeur. L'article 457-1 du Code civil précise que cette information doit être adaptée à l'état de la personne et qu'elle concerne toutes les « *informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* ». Cette adaptation de l'information est nécessaire puisque, par hypothèse, les facultés mentales du destinataire de l'information sont altérées. Ce même article prévoit également que l'exécution de cette obligation par la personne chargée de protéger le majeur, ne dispense par les tiers de leur propre obligation d'information. Certains auteurs déduisent de cette obligation d'information, l'obligation d'être informé par les tiers⁶⁷⁰. Cette obligation d'informer la personne en charge de la protection pose problème en termes de secret professionnel. Il convient de relever que lorsque la personne chargée de la protection est un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, celui-ci doit remettre une notice d'information à laquelle est annexée une charte des droits de la personne protégée⁶⁷¹. En outre, si le mandataire judiciaire à la protection des majeurs est un service mettant en œuvre les mesures de protection des majeurs ordonnées par l'autorité judiciaire, il doit également remettre un document individuel de protection des majeurs qui définit les objectifs et la nature de la mesure de protection, qui détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que le montant prévisionnel des prélèvements opérés sur les ressources de la personne protégée⁶⁷².

S'agissant des règles encadrant la réalisation d'actes extrapatrimoniaux⁶⁷³, le législateur consacre le principe de l'autonomie du majeur⁶⁷⁴ et celui de la compétence exclusive pour les actes réputés strictement personnels⁶⁷⁵. Le principe de l'autonomie du majeur en matière personnelle comporte des exceptions. En effet, lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, elle pourra

⁶⁶⁹ A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 629, p. 273.

⁶⁷⁰ Ibid.

⁶⁷¹ CASF, art. L. 471-6.

Décret n° 2008-1556 du 31 décembre 2008 relatif aux droits des usagers des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et des délégués aux prestations familiales, JO du 1 janvier 2009, p. 92.

⁶⁷² CASF, art. L. 471-8 3°.

⁶⁷³ La question de la capacité du majeur protégé en matière personnelle fait l'objet de plus amples développements supra n° 534.

⁶⁷⁴ C. civ., art. 459 al. 1.

⁶⁷⁵ C. civ., art. 458.

bénéficier d'une assistance voire d'une représentation⁶⁷⁶. En outre, dans l'hypothèse d'une assistance ou d'une représentation en matière personnelle, un régime particulier est prévu pour les actes graves⁶⁷⁷.

B) Le droit spécial de la protection de la personne

315. Préalablement à l'analyse du droit spécial, il convient d'identifier l'assiette de ce droit. En effet, comme cela a été évoqué dans le développement précédent, il existe plusieurs strates, ou niveaux de protection. Par conséquent, le droit commun à différentes mesures composants d'une sous-catégorie d'un autre ensemble de mesures, puisqu'il n'est applicable qu'à la sous-catégorie, constitue un droit spécial de l'ensemble plus large. Dans la mesure où cette forme de droit spécial a déjà fait l'objet de développements, il ne semble pas opportun de les mentionner à nouveau. En revanche, il existe une autre forme de droit spécial qui mérite d'être analysée. En effet, certaines dispositions propres à une même catégorie, ou sous-catégorie de mesures, peuvent être qualifiées de spéciales non parce qu'elles ne s'appliqueraient qu'à certaines mesures mais parce qu'elles sont relatives à certains actes ou droits particuliers.

316. Pour ce qui concerne les mesures de protection juridique, le Code civil apporte une attention particulière au logement de la personne ainsi qu'aux comptes bancaires. La protection du logement et des meubles le garnissant est prévue par l'article 426 du Code civil. Il convient de relever que le législateur de 2007 a étendu la protection du logement à la résidence secondaire⁶⁷⁸. En vertu du principe de protection du logement et des meubles le garnissant, les personnes chargées de la protection du patrimoine du majeur doivent s'efforcer de le conserver⁶⁷⁹. Ce n'est que s'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt de la personne protégée qu'il soit disposé des droits relatifs à son logement ou à son mobilier que

⁶⁷⁶ C. civ., art.459 al. 2.

⁶⁷⁷ C. civ., art.459 al. 3.

⁶⁷⁸ Avant la réforme, la protection du logement était assurée par l'ancien article 490-2 du Code civil. La doctrine limitait le champ d'application de ce texte à la résidence principale de la personne protégée.

⁶⁷⁹ Il convient de préciser que ce principe de conservation du logement et des meubles le garnissant ne fait pas obstacle aux droits des tiers qu'ils s'agissent de l'époux du majeur (attribution du logement, liquidation de la communauté), des indivisaires (gestion, partage), du bailleur (résiliation du bail), de créanciers (saisie immobilière) ou de l'Administration (expropriation, réquisition).

la personne chargée de la protection pourra être autorisée par le juge, ou le cas échéant, par le conseil de famille, à en disposer⁶⁸⁰. En outre, un avis médical d'un médecin inscrit sur la liste établie par le procureur de la République est exigé lorsque l'acte a pour finalité l'accueil de la personne dans un établissement⁶⁸¹. Même si le texte ne le prévoit pas, il serait souhaitable qu'un tel avis puisse également être pris lorsque l'acte de disposition a pour finalité non pas l'accueil mais le maintien de la personne dans un établissement⁶⁸². Si, sous réserve du respect de diverses conditions, certains biens peuvent être aliénés, tels n'est pas le cas des souvenirs et objets du majeur protégé⁶⁸³.

La protection des comptes bancaires, qui permet une protection tant d'ordre patrimoniale que personnelle est prévue à l'article 427 du Code civil. Afin de mettre un terme à la pratique des comptes pivots⁶⁸⁴, le législateur de 2007 a interdit à la personne chargée de la protection du majeur de modifier, de clôturer les comptes ou livrets du majeur protégé ainsi que de lui ouvrir un nouveau compte auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds

⁶⁸⁰ Même si la règle relative à la protection du patrimoine figure dans les dispositions applicables à l'ensemble des mesures de protection juridique, les règles encadrant la disposition du logement du majeur protégé n'ont vocation à s'appliquer qu'aux personnes ayant le pouvoir d'administrer le patrimoine du majeur (mandataire spécial ou tuteur). Ces règles ne sont, par conséquent, pas applicables au majeur lui-même qui conserve le pouvoir de gérer son patrimoine. Voir en ce sens : J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 253, p. 213.

En outre, la règle relative à l'autorisation en matière d'actes de dispositions des droits relatifs au logement, ne semble pas devoir s'appliquer dans l'hypothèse d'un mandat de protection future notarié. En effet, l'article 490 du Code civil prévoit que le mandataire peut effectuer, sans autorisation dès lors que l'acte n'est pas un acte de disposition à titre gratuit, tous les actes que le tuteur peut accomplir seul ou avec une autorisation. Voir en ce sens : J. MASSIP, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », Defrénois, 2009, n° 581, p. 483 et J. MASSIP, « Le mandat de protection future », *Gaz. Pal.*, 17 juin 2008 n° 169, n° 44, p. 5 et s..

Cette prise de position peut également s'expliquer par le fait que la protection du logement, bien qu'étant une disposition spéciale, elle figure dans les dispositions communes à l'ensemble des mesures de protection juridique. Or, les règles relatives au mandat de protection future sont des règles ultra spéciales puisque spécifiques qu'à un certain type de mesures. En application de l'adage *specialia generalibus derogant*, les dispositions spécifiques au mandat de protection future doivent être préférées.

⁶⁸¹ Avant la réforme, l'avis du médecin traitant était obligatoire pour tous les actes de dispositions des droits relatifs au logement (C. civ., art. 490-2 ancien). Désormais, ce n'est plus le médecin traitant qui est consulté et l'avis médical n'est requis que lorsque l'acte de disposition est envisagé pour permettre l'accueil de la personne protégée dans un établissement.

⁶⁸² Voir en ce sens : J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 255, p. 215.

⁶⁸³ C. civ., art. 426 in fine.

L'ancien article 490-2 du Code civil prévoyait déjà l'interdiction d'aliénation des souvenirs et objets personnels du majeur protégé. Le législateur de 2007 est allé plus loin en interdisant également l'aliénation des objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades.

⁶⁸⁴ La pratique des comptes pivots consiste pour le tuteur à ouvrir un compte unique pour recueillir les revenus et gérer les dépenses de l'ensemble des majeurs protégés qu'il protège. Cette pratique a été qualifiée d'abus de confiance (Cass. crim., 15 décembre 2004, Dr. Famille, février 2005, comm. n° 44, obs. Th. FOSSIER.) Voir Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface P. GOHET, ESF, 4^{ème} éd., 2008, Fiche 32, p. 264.

publics⁶⁸⁵. Pour atteindre ce même objectif, le législateur exige que les opérations bancaires d'encaissement, de paiement et de gestion patrimoniale effectuées au nom et pour le compte de la personne protégée soient exclusivement réalisées au moyen des comptes ouverts au nom de celle-ci⁶⁸⁶. Pour satisfaire à cette exigence, si le majeur protégé n'est pas titulaire d'un compte, la personne chargée de la protection doit lui en faire ouvrir un. Le législateur précise également que « *les fruits, produits et plus-values générés par les fonds et les valeurs appartenant à la personne protégée lui reviennent exclusivement* »⁶⁸⁷. Le principe d'intangibilité des comptes bancaires permet d'assurer la protection de la personne. En effet, il semble d'autant plus aisé pour une personne vulnérable de continuer à prendre part à la gestion de son patrimoine, qu'elle est habituée aux comptes, qu'elle connaît son conseiller financier et que selon toute vraisemblance l'établissement financier est situé à proximité de son logement. Le maintien des comptes en l'état, et par conséquent des repères habituels de la personne, favorise l'autonomie de la personne et respecte « *l'identité bancaire* »⁶⁸⁸ de celle-ci. En outre, ce principe d'intangibilité permet d'être respectueux des choix faits par le majeur protégé avant de subir une altération de ses facultés mentales. Toutefois, pour ne pas nuire à une bonne gestion du patrimoine de la personne protégée, le principe d'intangibilité admet des exceptions. En effet, si l'intérêt de la personne protégée le commande, la personne chargée de la protection peut être autorisée par le juge des tutelles ou le conseil de famille à modifier les comptes bancaires.

317. Par ailleurs, par le jeu du renvoi opéré en matière de sauvegarde de justice⁶⁸⁹ et de mandat de protection future⁶⁹⁰, vers les dispositions relatives aux effets de la tutelle et de la curatelle quant à la protection de la personne, les dispositions relatives à la subsidiarité des règles du Code civil, par rapport aux dispositions spéciales figurant dans d'autres codes⁶⁹¹, au choix du lieu de vie⁶⁹² et aux relations personnelles du majeur protégé⁶⁹³ sont applicables à l'ensemble des mesures de protection juridique. La question du conflit entre les

⁶⁸⁵ C. civ., art. 427 al. 1.

⁶⁸⁶ C. civ., art. 427 al. 5.

⁶⁸⁷ C. civ., art. 427 al. 6.

⁶⁸⁸ Expression utilisée par Matias COUTURIER (M. COUTURIER, *Le compte en banque de la personne vulnérable*, in « Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007 », actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1270).

⁶⁸⁹ C. civ., art. 438.

⁶⁹⁰ C. civ., art. 479.

⁶⁹¹ C. civ., art. 459-1.

⁶⁹² C. civ., art. 459-2 al. 1.

⁶⁹³ C. civ., art. 459-2 al. 2.

dispositions spéciales contenues dans le Code civil et celles figurant dans d'autres codes est résolue par l'article 459-1 du Code civil. Celui-ci prévoit la subsidiarité des premières par rapport aux secondes. Le texte ne visant que les dispositions prévoyant l'intervention d'un représentant légal, une interprétation stricte conduit à limiter son champ d'application aux mesures de tutelle. En effet, la curatelle implique une assistance et non une représentation, le mandat de protection future relève de la représentation conventionnelle et le mandat spécial intervenant dans le cadre d'une sauvegarde de justice relève de la représentation judiciaire. Cependant, la doctrine étend l'application de la règle à l'ensemble des mesures de protection⁶⁹⁴. Les dispositions du Code de la santé publique⁶⁹⁵ ont donc vocation à s'appliquer de manière prioritaire à celles du Code civil. Il en va de même pour les dispositions du Code de l'action sociale et des familles⁶⁹⁶. Il convient de relever que le législateur de 2007 a pris acte de la méfiance des familles à l'égard des tuteurs professionnels dépendant des établissements dans lesquels sont hébergés ou soignés les majeurs protégés. Dans une telle hypothèse, le juge peut décider de confier au subrogé curateur ou au subrogé tuteur, s'il a été nommé, et à défaut à un curateur ou à un tuteur ad hoc, la charge de prendre les décisions qui nécessitent une autorisation du juge⁶⁹⁷; et ce que l'exigence d'autorisation soit imposée par le Code de la santé publique ou le troisième alinéa de l'article 459 du Code civil⁶⁹⁸.

318. Le principe du libre choix de la personne protégée relatif à son lieu de résidence et ses relations personnelles est posé par l'article 459-2 du Code civil. Cet article précise que la personne protégée «*entretient librement des relations personnelles avec tout tiers, parent ou*

⁶⁹⁴ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 431, p. 358 ; Th. VERHEYDE, *La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux*, D. 2009, p. 1397, note sous TI Nice, 4 février 2009.

La complexité de l'articulation entre les dispositions du Code civil et celles du Code de la santé publique fera l'objet de développement dans le titre précédent.

⁶⁹⁵ Par exemple : art. L. 1111-2, L. 1111-4, L. 1121-8, L. 1211-2, L. 1231-2, L. 1241-2, L. 1245-2, L. 1241-4, L. 1241-5, L. 1213-2. Ces articles ont été étudiés dans le titre précédent.

⁶⁹⁶ Par exemple : art. L. 443-7 (signature d'un contrat d'accueil d'une personne âgée ou handicapée entre un accueillant familial et le majeur protégé lorsque l'accueillant familial est le tuteur de la personne) ; D. 245-8 (signature d'un contrat de travail entre une personne handicapée et un membre de sa famille qui est également son tuteur)

⁶⁹⁷ Il convient de noter que la Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO du 13 mai 2009, p. 7920, art. 116), a supprimé la référence dans l'article 459-1 du Code civil, au décret pris en Conseil d'Etat listant les actes graves et ajouté la notion d'acte pour lequel le Code de la santé publique prévoit l'intervention du juge.

⁶⁹⁸ Ce texte prévoit que « *sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du Conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée.* »

non. Elle a le droit d'être visitée et, le cas échéant, hébergée par ceux-ci ». Le juge des tutelles ou le cas échéant, le conseil de famille, sera chargé de statuer en cas de difficulté.

319. Pour ce qui concerne les mesures de tutelle et de curatelle, des règles spéciales relatives à la vie familiale sont posées. Le mariage d'une personne protégée est subordonné à l'autorisation du curateur, ou à défaut, du juge des tutelles, pour le majeur en curatelle ; du juge des tutelles ou, s'il a été institué, du conseil de famille, ainsi qu'à l'audition des futurs conjoints et au recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage du majeur sous tutelle⁶⁹⁹. En outre, la conclusion de conventions matrimoniales requiert l'assistance, dans le contrat, du curateur ou du tuteur⁷⁰⁰. Le divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage est exclu pour les personnes placées sous un régime de protection juridique⁷⁰¹. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute est possible mais est encadré. Le majeur en curatelle est assisté de son curateur qu'il soit demandeur⁷⁰² ou défendeur⁷⁰³. La demande en divorce formée au nom du majeur en tutelle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué ou du juge des tutelles, après avis médical et, dans la mesure du possible, après audition de l'intéressé⁷⁰⁴. La demande en divorce à l'encontre d'un majeur en tutelle doit être exercée contre le tuteur⁷⁰⁵. Pour pouvoir défendre les intérêts de la personne protégée, lorsque son conjoint est également la personne chargée de sa protection, un tuteur ou curateur ad hoc doit être nommé⁷⁰⁶.

⁶⁹⁹ C. civ., art. 460.

Le législateur a simplifié les règles applicables au mariage d'un majeur en tutelle. Avant la réforme de 2007, le mariage du majeur sous tutelle n'était permis qu'avec l'avis du médecin traitant et le consentement d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer et qui ne pouvait statuer qu'après avoir auditionné les futurs conjoints. La réunion du conseil de famille n'était pas requise si les père et mère donnaient l'un et l'autre leur consentement au mariage. (C. civ., art. 506 ancien)

⁷⁰⁰ C. civ., art. 1399.

Cet article précise que « à défaut de cette assistance, l'annulation des conventions peut être poursuivie dans l'année du mariage, soit par la personne protégée elle-même, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par le tuteur ou le curateur. »

⁷⁰¹ C. civ., art. 249-4.

⁷⁰² C. civ., art. 249.

⁷⁰³ C. civ., art. 249-1.

⁷⁰⁴ C. civ., art. 249.

⁷⁰⁵ C. civ., art. 249-1.

⁷⁰⁶ C. civ., art. 249-2.

320. La conclusion d'un pacte civil de solidarité nécessite l'assistance du curateur ou du tuteur⁷⁰⁷. Une telle assistance n'est pas requise pour la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance⁷⁰⁸. En revanche, l'assistance du tuteur lors de la conclusion de la convention n'est pas une condition suffisante. De manière similaire au mariage, le pacte civil de solidarité d'un majeur sous tutelle est subordonné à l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué, après audition des futurs partenaires et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage⁷⁰⁹. Le majeur sous curatelle ou tutelle dispose du pouvoir d'initiative de la rupture du pacte⁷¹⁰. En revanche, la signification de la rupture unilatérale à l'autre partenaire requiert l'assistance du curateur ou la représentation du tuteur⁷¹¹. Si c'est le partenaire de la personne protégée qui prend l'initiative de la rupture, la signification doit être adressée au majeur en curatelle ou au tuteur. Le tuteur dispose lui aussi du pouvoir d'initiative de la rupture du pacte civil de solidarité mais il est soumis aux mêmes formalités d'autorisation et d'audition que lors de la conclusion⁷¹². Lors des opérations de liquidation, le majeur protégé est assisté du curateur ou représenté par le tuteur⁷¹³. Lorsque le partenaire du majeur protégé est également la personne chargée de sa protection, il est réputé en opposition d'intérêt avec la personne protégée⁷¹⁴. Dans une telle hypothèse, le subrogé curateur ou tuteur doit intervenir, à défaut, un curateur ad hoc ou tuteur ad hoc, doit être désigné. Le retrait de la charge tutélaire ou curatélaire est envisageable⁷¹⁵.

321. Par ailleurs, il convient de relever que le changement de prénom du majeur sous tutelle requiert la représentation du tuteur⁷¹⁶. En revanche, le texte ne précise pas si le tuteur doit être autorisé par le juge des tutelles (ou le conseil de famille s'il a été institué) pour faire la requête en changement de nom⁷¹⁷. Dans l'hypothèse où le juge des tutelles n'a

⁷⁰⁷ C. civ., art. 461 al. 1 et 462 al. 2.

⁷⁰⁸ Idem

⁷⁰⁹ C. civ., art. 462 al. 1.

⁷¹⁰ C. civ., art. 461 al. 3 et 462 al. 4.

⁷¹¹ Idem

⁷¹² C. civ., art. 462 al. 5.

⁷¹³ C. civ., art. 461 al. 4 et 462 al. 7.

⁷¹⁴ C. civ., art. 461 al. 5 et 462 al. 8.

⁷¹⁵ C. civ., art. 396 et 445.

J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 523, p. 436.

⁷¹⁶ C. civ., art. 60.

⁷¹⁷ C. civ., art. 61.

pas confié de mission d'assistance ou de représentation en matière personnelle, l'intervention du tuteur est contraire aux principes gouvernant les actes relatifs à la personne du majeur sous tutelle ou curatelle. En effet, dans une telle hypothèse, le majeur est le seul à pouvoir décider. Par conséquent, si on estime que le changement du prénom du majeur protégé n'est pas un acte dérogatoire au droit commun des actes relatifs à la personne, le tuteur doit être autorisé par le juge des tutelles⁷¹⁸. Il est autorisé par le juge, soit d'une manière générale dans le cadre de la mission en matière de protection personnelle, soit d'une manière spécifique pour accomplir cet acte particulier. En outre, si l'on admet que le changement de prénom soit considéré comme un acte portant atteinte à l'intimité de la vie privée du majeur⁷¹⁹, les règles relatives à la protection du majeur, imposent au majeur qui s'est vu confier une mission d'assistance ou de représentation en matière personnelle d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles⁷²⁰.

322. En revanche, aucune représentation n'est prévue pour le changement de nom du majeur protégé. Il reviendra donc au juge de déterminer s'il s'agit d'un acte strictement personnel ou non⁷²¹.

La réforme de 2007 a donc mis en place un véritable régime de protection de la personne en matière personnelle. Bien qu'elle ait supprimé le terme incapable, la loi du 5 mars 2007 a maintenu le mécanisme de l'incapacité qui contribue à la protection de la personne, comme cela va être démontré.

⁷¹⁸ Voir en ce sens : A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 643 et s., p. 282.

⁷¹⁹ La question du lien entre la vie privée et l'état des personnes est complexe. (V. L. TOPOR, Rép. civ. Dalloz, État et capacité des personnes, n° 20 ; A. LEPAGE, Rép. civ. Dalloz, Droits de la personnalité, n° 77.) S'il a été jugé que « *le nom patronymique, destiné à identifier une personne dans les actes de la vie civile, échappe par sa nature à la sphère de la vie privée* » (Paris, 30 oct. 1998, D. 1998. IR 259, RTD civ. 1999. 61, obs. J. HAUSER.), la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'à l'instar du nom patronymique, le prénom « *concerne la vie privée et familiale comme moyen d'identification au sein de la famille et de la communauté.* » (CEDH 24 oct. 1996, Guillot c/ France, RTD civ. 1997. 551, obs. J.-P. MARGUENAUD)

⁷²⁰ C. civ., art. 459 al.3.

⁷²¹ A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 642 et s., p. 282.

Section 2 : La protection de la personne du majeur protégé par le mécanisme de l'incapacité

323. La capacité est « *l'aptitude à acquérir un droit* » et à l'exercer reconnue en principe à tout individu et, en fonction de leur nature, de leur objet et de leur forme, aux personnes morales »⁷²². L'incapacité est « *l'inaptitude juridique qui, dans les cas déterminés par la loi, empêche d'acquérir ou d'exercer valablement un droit* »⁷²³. Il existe deux formes d'incapacité : une incapacité d'exercice⁷²⁴ et une incapacité de jouissance⁷²⁵.

324. Il convient d'observer qu'au fil des ans, il y a eu une raréfaction des situations juridiques où des personnes physiques subissent une diminution de leur capacité. Depuis 1804, deux incapacités ont disparus : l'une de jouissance et l'autre d'exercice. La première, est la mort civile qui rayait du nombre des personnes juridiques, le condamné frappé de certaines peines afflictives et perpétuelles. Les conséquences de la mort civile étaient l'ouverture de la succession, la dissolution du mariage, l'incapacité de transmettre et de recevoir. C'était le seul cas d'incapacité de jouissance générale subsistant de l'Ancien droit. Il a été supprimé par la loi du 31 mai 1854. La seconde était liée au sexe et au mariage. Il s'agit de l'incapacité de la femme mariée, qui n'a disparu officiellement qu'en 1938 et en pratique bien plus tard en raison des règles régissant le régime matrimonial⁷²⁶. La femme mariée n'avait pas le droit d'agir en justice sans l'autorisation de son mari⁷²⁷. Elle ne pouvait

⁷²² G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

⁷²³ Ibid.

⁷²⁴ L'incapacité d'exercice est l'inaptitude juridique par l'effet de laquelle une personne ne peut, à peine de nullité, soit exercer elle-même ses droits, soit les exercer seules. (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

⁷²⁵ L'incapacité de jouissance est l'inaptitude juridique à devenir titulaire d'un droit. (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

⁷²⁶ « Ce déséquilibre absolu dura un siècle, jusqu'à ce que la loi de 1907 inaugure un timide retour à la capacité en accordant aux épouses la libre disposition de leurs gains et salaires. Puis, les lois de 1938 et 1942 leur restituèrent la capacité civile, mais cette réforme se révéla platonique pour les femmes communes en biens, car les pouvoirs exorbitants du mari issus du régime matrimonial annihilaient, en pratique, la capacité retrouvée des épouses. Une leçon s'en dégage, toujours valable : la capacité n'est rien sans le pouvoir. Il faudra donc attendre, jusqu'en 1965, l'avènement du régime primaire pour que les articles 212 à 226 du Code civil, conçus et écrits par Jean Carbonnier, établissent au sein du couple la véritable égalité des conjoints. Égalité parachevée, dans le régime de communauté, par les lois de 1965 et 1985, 181 ans après la promulgation du Code civil et par la loi de 1970 sur l'autorité parentale. » P. CATALA, « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1267.

⁷²⁷ C. civ., art. 215 ancien.

pas non plus donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre onéreux ou gratuit, sans le concours du mari à l'acte ou son consentement par écrit⁷²⁸.

325. Désormais, il existe deux incapacités d'exercice. La première est liée à l'âge, à la minorité de l'enfant. La seconde est liée à l'état de santé du majeur. Il existe une certaine unité entre les deux incapacités (désormais protection) au niveau patrimonial⁷²⁹. C'est cette dernière qu'il convient d'analyser en présentant son domaine (§1) et sa mise en œuvre (§2).

Paragraphe 1 : Le domaine de l'incapacité en droit civil

Il est nécessaire d'identifier le domaine de l'incapacité en droit civil (I) pour pouvoir constater qu'en droit civil les capacités de droit et de fait coïncident (II).

I- L'identification du domaine de l'incapacité de droit

326. Le législateur a mis en place différentes mesures de protection. Certaines entraînent l'incapacité du majeur protégé (B) d'autres non (A).

A) Les mesures de protection n'entraînant pas l'incapacité du majeur protégé

327. En principe, la mesure de sauvegarde de justice n'entraîne pas l'incapacité du majeur protégé. L'article 435 du Code civil affirme clairement que « *la personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits* ». Par exception, la personne protégée perd sa capacité d'exercice lorsqu'un mandataire spécial est désigné par le juge des tutelles pour accomplir des actes déterminés⁷³⁰. Sous peine de nullité, le majeur protégé ne peut pas passer les actes pour lesquels un mandataire spécial a été désigné. En outre, pour les actes conservatoires indispensables à la protection du patrimoine, le majeur sous sauvegarde de

⁷²⁸ C. civ., art. 227 ancien.

⁷²⁹ J. HAUSER, « La notion d'incapacité », LPA 2000, n° 162, p. 3.

La réforme de 2007 a créé des dispositions communes à la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs sous tutelle (C. civ., art. 496 et s.) et fait disparaître le renvoi aux dispositions relatives à la tutelle de mineurs par l'ancien article 495 du Code civil.

⁷³⁰ C. civ., art. 437.

justice conserve sa capacité d'exercice mais certains de ses proches ont la qualité pour agir⁷³¹.

328. Le majeur protégé ne perd pas sa capacité d'exercice lors de la mise en œuvre du mandat de protection future puisque les actes qu'il passe ne sont pas nuls de plein droit⁷³². Le mandat de droit commun peut être révoqué librement par le mandant⁷³³. Tel n'est pas le cas du mandat de protection future lorsqu'il a commencé à être exécuté. En effet, la révocation du mandat mis à exécution suppose une décision du juge des tutelles⁷³⁴, la volonté du majeur protégé ne suffit pas.

329. En principe, la mesure d'accompagnement judiciaire ne prive pas le bénéficiaire des prestations sociales de sa capacité⁷³⁵. Par conséquent, le bénéficiaire de la mesure exerce l'ensemble de ses droits. Ce n'est que pour la perception et l'utilisation des prestations, objet de la mesure d'accompagnement judiciaire, que le majeur protégé perd sa capacité d'action⁷³⁶. La perception et l'utilisation des prestations en cause relèvent de la compétence exclusive du mandataire à la protection des majeurs. Ce dernier doit cependant tenir compte de l'avis de la personne protégée⁷³⁷.

330. Ainsi, en principe, le majeur sous sauvegarde de justice, sous mandat de protection future ou bénéficiaire d'une mesure d'accompagnement judiciaire conserve sa capacité d'exercice.

B) Les mesures de protection entraînant l'incapacité du majeur protégé

L'incapacité se rencontre en matière patrimoniale (1) et en matière personnelle (2).

⁷³¹ C. civ., art. 436.

⁷³² C. civ., art. 488.

⁷³³ C. civ., art. 2003 et 2004.

⁷³⁴ C. civ., art. 483.

⁷³⁵ C. civ., art. 495-3.

⁷³⁶ C. civ., art. 495-3 et 495-7.

⁷³⁷ C. civ., art. 495-7.

1) L'incapacité du majeur protégé en matière patrimoniale

331. Les majeurs sous curatelle ou tutelle sont frappés d'une incapacité d'exercice. Les premiers sont frappés d'une incapacité partielle, tandis que les seconds sont frappés d'une incapacité générale. En effet, le Code civil organise une répartition des compétences entre la personne chargée de la protection et le majeur protégé en fonction de la gravité des actes juridiques à accomplir. Le droit classe les actes juridiques dans trois catégories : les actes conservatoires, les actes d'administration et les actes de disposition. L'acte conservatoire est l'« *acte qui tend à éviter la perte d'un bien (ou à sauvegarder un droit)* »⁷³⁸. L'acte d'administration est l'« *opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle du patrimoine* »⁷³⁹. L'acte de disposition est l'« *opération grave qui entame ou engage un patrimoine pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance* »⁷⁴⁰. Le décret du 22 décembre 2008⁷⁴¹, fixe la liste des actes regardés comme des actes de disposition ou comme des actes d'administration.

332. Le majeur sous curatelle est incapable de passer seul certains actes. Il doit recevoir l'assistance du curateur pour accomplir les actes de disposition⁷⁴², conclure un contrat de fiducie, faire emploi de ses capitaux, ester en justice⁷⁴³, faire une donation⁷⁴⁴. Il convient de relever que l'énumération de ces actes particuliers est redondante car le décret du 22 décembre 2008 classe ces actes parmi les actes d'administration. Concrètement, cette assistance se manifeste par l'apposition des deux signatures sur l'acte écrit⁷⁴⁵. Lorsque le majeur protégé compromet gravement ses intérêts, le curateur peut être autorisé par le

⁷³⁸ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁷³⁹ Ibid.

⁷⁴⁰ Ibid.

⁷⁴¹ Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, JO du 31 décembre 2008, p. 20631.

⁷⁴² C. civ., art. 467 al. 1 et 505.

⁷⁴³ C. civ., art. 468.

⁷⁴⁴ C. civ., art. 470.

⁷⁴⁵ C. civ., art. 467 al. 2.

juge des tutelles à agir seul⁷⁴⁶. Par ailleurs, dans le cadre d'une tutelle renforcée, le curateur perçoit seul les revenus de la personne et assure lui-même les dépenses auprès des tiers⁷⁴⁷.

333. Le majeur sous tutelle étant frappé d'une incapacité générale, il ne peut en principe accomplir aucun acte. Il conserve toutefois une capacité résiduelle pour accomplir les actes usuels⁷⁴⁸. Pour les autres actes, il doit être représenté par le tuteur⁷⁴⁹. Certains actes sont accomplis par le tuteur seul, d'autres nécessitent une autorisation du Conseil de famille ou du juge des tutelles. Le tuteur agit seul pour les actes conservatoires et d'administration⁷⁵⁰. Il exerce également seul les actions en justice relatives à un droit patrimonial⁷⁵¹. En revanche, le tuteur doit obtenir l'autorisation du Conseil de famille ou du juge des tutelles pour les actions en justice en matière extrapatrimoniale⁷⁵². L'autorisation est également requise pour les actes de disposition⁷⁵³, pour les transactions ou compromis⁷⁵⁴, les partages amiables⁷⁵⁵, l'acceptation pure et simple d'une succession⁷⁵⁶, la renonciation à une succession⁷⁵⁷, révocation d'une renonciation à une succession ou à un legs universel ou à titre universel⁷⁵⁸.

2) L'incapacité du majeur protégé en matière personnelle

334. En matière personnelle, le principe est celui de la capacité de la personne protégée. Toutefois, lorsque son état ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille peut prévoir une assistance ou une représentation de la personne chargée de la protection⁷⁵⁹. La représentation n'intervient qu'à titre subsidiaire par rapport à l'assistance et n'est envisageable que si une mesure de tutelle est ouverte. En outre, l'incapacité peut être limitée à certains actes.

⁷⁴⁶C. civ., art.469 al. 2.

⁷⁴⁷C. civ., art. 472.

⁷⁴⁸Voir infra n° 532.

⁷⁴⁹C. civ., art. 473.

⁷⁵⁰C. civ., art.504 al. 1.

⁷⁵¹C. civ., art.504 al. 2.

⁷⁵²C. civ., art.475 al. 2.

⁷⁵³C. civ., art. 505.

⁷⁵⁴C. civ., art. 506.

⁷⁵⁵C. civ., art. 507.

⁷⁵⁶C. civ., art. 507-1 al. 1

⁷⁵⁷C. civ., art.507-1 al. 2.

⁷⁵⁸C. civ., art. 507-2.

⁷⁵⁹C. civ., art. 459.al. 2.

335. Par ailleurs, pour les décisions ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne, la personne chargée de la protection doit obtenir, sauf urgence, l'autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de famille⁷⁶⁰. Le pouvoir de la personne chargée de la protection est subordonné à une décision expresse de protection en matière personnelle⁷⁶¹.

336. Enfin, lorsque le comportement de la personne majeur lui fait courir un danger, la personne chargée de la protection peut prendre les mesures strictement nécessaires pour mettre fin au danger⁷⁶². La personne chargée de la protection doit prévenir sans délai le juge des tutelles ou le conseil de famille. Cette information permettra éventuellement de décider d'une mesure de protection à la personne.

II- Le constat de la coïncidence entre capacité de fait et de droit en droit civil

337. La prise en compte de la volonté du majeur protégé dépend de la mesure de protection. La volonté du majeur protégé est évidemment prise en compte pour les actes qui relèvent de sa compétence, c'est à dire pour lesquels il conserve sa capacité d'exercice. A titre d'exemple, tel est le cas des actes ne faisant pas l'objet d'un mandat spécial pour la personne sous sauvegarde de justice⁷⁶³. Tel est le cas également des actes conservatoires et d'administration pour le majeur sous curatelle⁷⁶⁴. Il s'agit ici de s'intéresser à la l'expression de la volonté du majeur protégé lors de la réalisation d'actes entrant dans le champ de son incapacité⁷⁶⁵. La volonté du majeur protégé est-elle prise en compte par son protecteur en matière de gestion patrimoniale ? (A) Qu'en est-il en matière personnelle ? (B)

A) La coïncidence des incapacités de fait et de droit en matière patrimoniale

338. Les majeurs sous sauvegarde de justice, sous mandat de protection future ou bénéficiant d'une mesure d'accompagnement judiciaire conservent leur capacité

⁷⁶⁰ C. civ., art.459 al. 3.

⁷⁶¹ Voir les développements sur cette question supra n° 74 et infra n° 536.

⁷⁶² C. civ., art.459 al. 3.

⁷⁶³ C. civ., art. 435.

⁷⁶⁴ C. civ., art. 467 et 504.

⁷⁶⁵ Voir également infra n° 534.

d'exercice⁷⁶⁶. *A priori*, il n'y a donc pas lieu de les inclure dans le champ de cette analyse. Toutefois, il convient de remarquer que dans les hypothèses pour lesquelles ils deviennent incapables, leur volonté n'est pas forcément prise en compte. S'agissant du majeur sous sauvegarde de justice, le mandataire spécial n'est pas tenu de consulter le majeur protégé puisqu'il tient son pouvoir du juge des tutelles⁷⁶⁷. De même, lorsqu'un tiers accomplit les actes conservatoires urgents et indispensables à la conservation du patrimoine d'une personne sous sauvegarde de justice, le tiers n'est pas tenu de consulter le majeur protégé⁷⁶⁸. Par ailleurs, le mandataire désigné par un mandat de protection future doit tenir compte de la volonté du mandant formulée de manière anticipée. Mais le mandataire n'est pas tenu de consulter le mandant pendant l'exécution de celui-ci. Ceci peut s'expliquer par le fait que la mise en œuvre du mandat est justifiée par l'incapacité de fait de la personne à pourvoir à ses intérêts. En revanche, le mandataire désigné dans le cadre d'une mesure d'accompagnement judiciaire doit tenir compte de l'avis du majeur protégé pour l'utilisation des prestations objet de la mesure⁷⁶⁹. Ceci s'explique par le fait que l'objectif de la mesure d'accompagnement judiciaire est de rétablir l'autonomie de la personne et que l'état de celle-ci ne justifie pas une mesure de protection juridique.

339. Le majeur sous curatelle agit avec l'assistance du curateur pour les actes de disposition⁷⁷⁰. La volonté du majeur sous curatelle est donc prise en compte. La réalisation d'un acte de disposition suppose que le majeur protégé ait exprimé une volonté allant dans le même sens que celle du curateur. Il convient de relever que le refus de l'acte émanant du majeur sous curatelle a une portée plus importante que le refus exprimé par le curateur. En effet, ce n'est que lorsque le curateur estime que le majeur compromet gravement ses intérêts qu'il peut saisir le juge des tutelles⁷⁷¹. Alors que le majeur peut le saisir dès que le curateur refuse de l'assister⁷⁷². Par ailleurs, lorsque le majeur sous curatelle n'est pas en état de manifester sa volonté, l'acte ne peut être réalisé. Le curateur n'a pas le pouvoir de se

⁷⁶⁶C. civ., art. 435, 488 et 495-3.

⁷⁶⁷C. civ., art.437 al. 2.

⁷⁶⁸C. civ., art. 436.

⁷⁶⁹C. civ., art. 495-7.

⁷⁷⁰C. civ., art. 467 et 504.

⁷⁷¹C. civ., art.469 al. 2.

⁷⁷²C. civ., art.469 al. 3.

substituer au majeur protégé⁷⁷³. Si la réalisation d'un acte est nécessaire, il convient de saisir le juge des tutelles afin d'ouverture d'une mesure de tutelle.

340. Le majeur sous tutelle ne participe pas à la gestion de son patrimoine puisqu'il est représenté par son tuteur. Ce dernier assume seul la gestion⁷⁷⁴. Il doit seulement demander l'autorisation du conseil de famille ou à défaut du juge des tutelles pour les actes des dispositions⁷⁷⁵. D'une manière générale, le majeur protégé ne participe pas à la gestion de son patrimoine puisque son tuteur n'est pas tenu de le consulter. Un des rares actes dans lequel le majeur protégé exprime sa volonté est le testament. Celui-ci requiert toutefois une autorisation⁷⁷⁶. De fait, la prise en compte de l'expression de la volonté coïncide avec la capacité. Il semble que la tutelle soit un domaine dans lequel il est difficile de favoriser l'autonomie⁷⁷⁷.

341. Dans les mesures de protection juridique, la volonté du majeur protégé n'est pas prise en compte pour les actes entrant dans le champ de son incapacité. Ce constat peut s'analyser soit comme une négation de la capacité de fait de la personne soit comme une coïncidence entre la capacité de droit et la capacité de fait. C'est cette seconde analyse qu'il convient de retenir car la mesure de protection doit être adaptée à l'aptitude du majeur protégé afin de garantir son autonomie. Cette coïncidence entre les deux types de capacité résulte de l'individualisation de la mesure par le juge des tutelles.

B) La coïncidence des incapacités de fait et de droit en matière personnelle

342. En matière personnelle, les mesures d'assistance ou de représentation sont subordonnées à l'impossibilité pour la personne protégée de prendre seule une décision éclairée⁷⁷⁸. Par conséquent, dès lors que la personne est capable en fait, elle doit être capable en droit.

⁷⁷³ C. civ., art. 469 al. 1.

⁷⁷⁴ C. civ., art. 504.

⁷⁷⁵ C. civ., art. 505.

⁷⁷⁶ C. civ., art. 476.

⁷⁷⁷ L'article 415 du Code civil prévoit que dans la mesure du possible, la protection favorise l'autonomie.

⁷⁷⁸ C. civ., art. 459 al. 2.

343. Lorsque la personne protégée est incapable en droit, elle est assistée, voire représentée. Ce n'est que lorsque la personne a besoin d'être représentée, et par conséquent dans l'impossibilité de pourvoir elle-même à ses intérêts, qu'une mesure de représentation est décidée. Le représentant n'est pas tenu de consulter la personne protégée. La subsidiarité de la représentation par rapport à l'assistance (elle-même subsidiaire à l'absence de protection) permet de mettre en adéquation la protection avec les besoins de la personne.

344. La coïncidence entre la capacité de fait et la capacité de droit est le fondement de la protection de la personne.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de l'incapacité en droit civil

345. L'incapacité est limitée aux actes juridiques. L'acte juridique est une « *opération juridique (negocium) consistant en une manifestation de volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique (établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc...) »*⁷⁷⁹. Il se distingue du fait juridique qui est « *tout fait quelconque (agissement intentionnel ou non de l'homme, évènement social, phénomène de la nature, fait matériel) auquel la loi attache une conséquence juridique (acquisition d'un droit, création d'une créance, etc.) qui n'a pas été nécessairement recherché par l'auteur du fait »*⁷⁸⁰. A la différence du fait juridique, l'acte juridique suppose la volonté qui fait défaut chez les personnes dont les facultés intellectuelles sont altérées.

Par conséquent la passation des actes suppose la mise en œuvre de mécanismes particuliers (I) et une vigilance lorsqu'elle est effectuée par le majeur protégé (II)

I- Les mécanismes de passation des actes juridiques

Deux mécanismes permettent la passation des actes juridiques : l'assistance (A) et la représentation (B).

⁷⁷⁹G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

⁷⁸⁰G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

A) *L'assistance*

346. L'assistance est la « *présence, auprès d'un incapable, d'une personne chargée par la loi de le conseiller, de le contrôler, ou de l'habiliter pour les actes de la vie civile* ». A la différence du mécanisme de représentation, l'assistance ne permet pas de se substituer au majeur protégé. Le majeur assisté et l'assistant agissent tous les deux⁷⁸¹, de concert. Ainsi, l'assistance laisse un certain pouvoir au majeur protégé qui peut refuser l'acte juridique. Elle préserve l'autonomie de la personne protégée. Ce n'est que si la personne compromet gravement ses intérêts que le protecteur pourra être autorisé par le juge des tutelles à accomplir l'acte seul⁷⁸².

347. L'origine de l'assistance peut être judiciaire ou légale. L'assistance a une origine judiciaire lorsque le juge des tutelles confie au tuteur, pour certains actes qu'il détermine, une mission d'assistance⁷⁸³. Elle l'est également lorsque le juge des tutelles ajoute d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée⁷⁸⁴. L'assistance a une origine légale en matière de curatelle. En effet, c'est la Loi qui confère au curateur son pouvoir d'assistance⁷⁸⁵. Il est possible en théorie, d'envisager le cas d'une assistance conventionnelle. Une personne peut confier à une autre des missions de conseil, de contrôle. En revanche, la mission d'habilitation semble peu propice au champ contractuel. La personne n'a pas vraiment d'intérêt à voir limiter son pouvoir de décision.

348. Comme tous les organes de la protection du majeur, la personne qui s'est vue confier une mission d'assistance engage sa responsabilité pour les fautes qu'elle commet dans l'exercice de sa mission. Cependant, pour le curateur et le subrogé curateur, une faute simple ne suffit pas pour engager sa responsabilité. Seule une faute lourde⁷⁸⁶ ou dolosive⁷⁸⁷ le permet⁷⁸⁸.

⁷⁸¹C. GEFFROY, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, préf. H.-D. COSNARD, Texte remanié d'une thèse de doctorat de droit, Rennes I. 1971, Librairies techniques, 1974, p. 143.

⁷⁸²C. civ., art. 469.

⁷⁸³C. civ., art. 473.

⁷⁸⁴C. civ., art. 471.

⁷⁸⁵C. civ., art. 467.

⁷⁸⁶La faute lourde est un « *comportement qui s'écarte largement du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille ; comportement qui dénote chez son auteur, soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée.* » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige)

349. Si la personne qui prête son assistance au majeur protégé accomplit seul un acte que le majeur aurait dû accomplir seul ou avec l'assistance du protecteur, l'acte est nul de plein droit, sans qu'il soit besoin de justifier d'un préjudice⁷⁸⁹. Cet acte peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille⁷⁹⁰. L'exigence d'une telle autorisation peut surprendre car en principe cette notion est étrangère à l'assistance. Il aurait été préférable d'envisager une confirmation par le majeur protégé.

B) La représentation

350. La représentation est « l'action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée (le représenté) – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté »⁷⁹¹. Dans le mécanisme de représentation, le majeur protégé est à la fois le titulaire du droit d'exercé et le sujet d'imputation⁷⁹². Le représentant est l'auteur de l'acte⁷⁹³.

Il convient de s'intéresser à l'origine de la représentation (1) avant d'en présenter les effets (2).

1) L'origine de la représentation

351. Pour avoir le droit d'engager une autre personne, le représentant doit avoir un pouvoir. Ce pouvoir peut avoir une origine conventionnelle, judiciaire ou légale⁷⁹⁴. La représentation du majeur protégé peut avoir pour origine chacun de ces trois éléments. Tout d'abord, la représentation conventionnelle trouve sa source dans un contrat. Une personne

⁷⁸⁷ La faute dolosive est une « espèce de faute contractuelle, naguère synonyme de faute intentionnelle, aujourd'hui caractérisée par le fait que le débiteur, malhonnête, manque sciemment à ses obligations » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige)

⁷⁸⁸ C. civ., art. 421.

⁷⁸⁹ C. civ., art. 465 4°.

⁷⁹⁰ C. civ., art. 465 in fine.

⁷⁹¹ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

⁷⁹² M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. D. HUET-WEILLER, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n° 64.

⁷⁹³ Ibid, n° 88.

⁷⁹⁴ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2010, p. 36, n° 42 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, tome 1 : L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, p. 402, n° 427.

doit manifester le souhait d'être représentée par une autre. Le contrat qui permet une telle opération est le mandat (ou la procuration). En effet, le mandat est un contrat par lequel « *une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte des actes juridiques.* »⁷⁹⁵ En matière de protection du majeur, ce mandat peut revêtir deux formes. Il peut s'agir d'un mandat de droit commun ou d'un mandat de protection future. Le mandat de droit commun trouvera à s'appliquer lorsque antérieurement à l'ouverture d'une mesure de protection, le majeur aura désigné un tiers pour le représenter. En application du principe de subsidiarité de la mesure de protection, il n'y a pas lieu d'ouvrir une mesure si le mandat de droit commun suffit pour assurer la protection de la personne⁷⁹⁶. En outre, il existe un mandat spécial, destiné à représenter le majeur qui se trouverait dans l'incapacité de fait de passer l'acte lui-même. Ce mandat spécial est le mandat de protection future défini comme « *un mandat par lequel une personne en choisit une autre pour la représenter dans le cas où, en raison d'une altération de ses facultés, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts* »⁷⁹⁷.

Ensuite, le mandat peut avoir une source judiciaire. Le juge des tutelles peut être amené à désigner un mandataire spécial dont il fixera l'étendue des pouvoirs. En effet, dans le cadre d'une sauvegarde de justice, le juge des tutelles peut désigner un mandataire spécial pour accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, rendus nécessaires par la gestion du patrimoine de la personne protégée⁷⁹⁸. En outre, dans le cadre d'une mesure de curatelle, le juge des tutelles peut autoriser le curateur à accomplir seul un acte⁷⁹⁹. Le curateur peut saisir le juge d'une telle demande lorsque le majeur compromet gravement ses intérêts. Dans le cadre d'une mesure de tutelle, le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles pour accomplir un acte de disposition⁸⁰⁰. Par conséquent, la représentation est judiciaire lorsque le juge des tutelles intervient.

⁷⁹⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 530, p. 283.

L'article 1984 du Code civil définit le mandat ou la procuration comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

Voir également les développements sur le mandat de protection future infra n° 577.

⁷⁹⁶ C. civ., art. 428.

Voir également les développements sur la subsidiarité de la mesure infra n° 490 et s.

⁷⁹⁷ J. MASSIP, « Le mandat de protection future », *Gaz. Pal.* 14 juin 2008 n° 166, p. 5 et *Gaz. Pal.* 17 juin 2008, n° 169, p. 5 ; *LPA*, 27 juin 2008, n° 129, p. 11 ; « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », *Defrénois*, 2009, n° 537, p. 451.

⁷⁹⁸ C. civ., art. 437.

⁷⁹⁹ C. civ., art. 469.

⁸⁰⁰ C. civ., art. 505.

En revanche, l'origine de la représentation du tuteur autorisé par le Conseil de famille est plus difficile à déterminer. Dans la mesure où ce dernier détermine les stipulations et, le cas échéant, le prix ou la mise à prix pour lequel l'acte est passé, l'origine de la représentation pourrait s'apparenter à une convention. En effet, il s'agit d'une manifestation de volonté d'un des organes de la tutelle. Cependant, trois arguments permettent d'exclure la qualification d'origine conventionnelle. Le premier argument tient à la nature de la convention en cause. Cet acte juridique ne peut être qualifié de mandat car la personne représentée n'est pas partie à l'acte. Face à ce constat, il pourrait être objecté que le majeur est partie à la relation puisqu'il est représenté par son tuteur. Cependant, dans un mandat de droit commun, le représenté demande au représentant d'agir à sa place. Or, dans la situation que nous examinons, c'est le Conseil de famille qui demande la représentation alors qu'il n'est pas le représenté et qu'il ne dispose pas du pouvoir de représenter lui-même le majeur protégé. Le deuxième argument tient à la nature du Conseil de famille. Force est de constater que cet organe est un groupement de personnes mais non doté de la personnalité juridique. Par conséquent, le Conseil de famille n'a pas le pouvoir de passer des conventions. Le dernier argument tient à la possible origine judiciaire de cette représentation. En effet, les décisions prises par le Conseil de famille ne prennent effet qu'à défaut d'opposition formée par le juge⁸⁰¹. Ainsi, le réel pouvoir de décision appartient au juge.

Enfin, le mandat peut avoir une origine légale. C'est en effet la Loi qui confère à certains proches du majeur sous sauvegarde de justice le pouvoir d'accomplir les actes conservatoires indispensables à la préservation du patrimoine de la personne protégée⁸⁰². C'est également la loi qui confère au curateur son pouvoir de représentation pour certains actes dans le cadre d'une curatelle renforcée⁸⁰³. C'est également la Loi qui confère au tuteur le pouvoir de représenter le majeur dans la passation des actes conservatoires et des actes d'administration, ainsi que dans l'action en justice pour faire valoir les intérêts patrimoniaux de la personne protégée⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ C. civ., art.457 al. 3.

⁸⁰² C. civ., art. 436.

⁸⁰³ Dans le cadre d'une curatelle renforcée, le curateur «*perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains*». (C. civ., art. 472.)

⁸⁰⁴ C. civ., art. 504.

2) Les effets de la représentation

352. Dans l'accomplissement de l'acte, le représentant se substitue au représenté. La doctrine distingue entre représentation parfaite et représentation imparfaite⁸⁰⁵. La représentation est parfaite lorsque le tiers sait qu'il contracte avec le représentant du majeur protégé. La représentation est dite imparfaite lorsqu'il ne le sait pas. Ainsi dans le cadre des mesures de protection, la représentation est parfaite⁸⁰⁶, le mandataire agissant au nom et pour le compte du majeur protégé. Les actes passés par le représentant sont réputés passés entre le contractant et le majeur protégé.

353. Le représentant doit rendre des comptes de sa gestion. Cette obligation s'impose au mandataire spécial désigné dans le cadre d'une sauvegarde de justice⁸⁰⁷, au curateur dans le cadre d'une curatelle renforcée⁸⁰⁸ et au tuteur⁸⁰⁹. Le représentant de la personne protégée doit en principe⁸¹⁰ établir des comptes de gestion annuels⁸¹¹ qui seront contrôlés en principe par le greffier en chef du Tribunal d'instance⁸¹². La mission dévolue au greffier en chef peut être confiée par le juge au subrogé tuteur ou curateur, ou au Conseil de famille⁸¹³. Le juge statue sur les comptes lorsque le greffier en chef refuse de les approuver⁸¹⁴. Le magistrat peut se faire aider d'un technicien dont les frais seront éventuellement mis à la charge de la personne protégée, lorsque l'importance et la composition du patrimoine le justifie⁸¹⁵.

354. Le représentant est tenu d'apporter des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée⁸¹⁶. La référence au « bon père de famille » a disparu avec la réforme de 2007 mais le principe demeure. En outre, le représentant est responsable

⁸⁰⁵ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2010, p. 37, n° 44 et 45 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, tome 1 : L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, p. 403, n° 428.

⁸⁰⁶ Th. FOSSIER, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Dr. Famille*, mai 2004, étude 10, n° 1.

⁸⁰⁷ C. civ., art. 437 al. 3.

⁸⁰⁸ C. civ., art. 472.

⁸⁰⁹ C. civ., art. 474 et 510 et s.

⁸¹⁰ L'article 512 du Code civil prévoit que « Lorsque la tutelle n'a pas été confiée à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs, le juge peut, par dérogation aux articles 510 et 511 et en considération de la modicité des revenus et du patrimoine de la personne protégée, dispenser le tuteur d'établir le compte de gestion et de soumettre celui-ci à l'approbation du greffier en chef ».

⁸¹¹ C. civ., art. 510.

⁸¹² C. civ., art. 511.

⁸¹³ C. civ., art. 511.

⁸¹⁴ C. civ., art. 511.

⁸¹⁵ C. civ., art. 513.

⁸¹⁶ C. civ., art. 496.

envers le majeur protégé du dommage résultant d'une faute quelconque commise dans l'exercice de sa fonction⁸¹⁷. La faute est appréciée *in abstracto*.

355. Par ailleurs, lorsque le représentant excède ses pouvoirs, le contrat est nul de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice⁸¹⁸. Cet acte peut être confirmé avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille⁸¹⁹. Il convient de relever que cette confirmation suscite des problèmes pratiques car le texte ne précise pas la personne titulaire de ce pouvoir de confirmation. En effet, est-ce le majeur protégé qui avait le pouvoir d'accomplir seul l'acte ? Dans une telle hypothèse, la nécessité d'une autorisation par le conseil de famille ou le juge des tutelles semble surprenante⁸²⁰. Est-ce que c'est le représentant ? Cette solution se comprend lorsque l'acte nécessite l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles. En quelque sorte, la confirmation répare le vice de forme. En revanche, cette solution, se comprend un peu moins lorsque le majeur protégé avait la compétence d'accomplir l'acte. En outre, la référence à l'article 1304 pour le délai de confirmation est peu opportune⁸²¹.

II- Le sort des actes juridiques passés par le majeur protégé

356. L'acte passé par une personne protégée alors qu'elle aurait dû être assistée ou représentée est nul⁸²². Le régime de la nullité étant présenté dans le dernier chapitre⁸²³, il n'est pas nécessaire de s'intéresser dès à présent au régime de cette action. La nullité n'est pas la seule action qui peut être engagée pour les actes passés par le majeur protégé. Ces actes peuvent également faire l'objet d'une action en rescision pour lésion (A) et en réduction pour excès (B). Il importe de présenter ces deux actions.

⁸¹⁷ C. civ., art. 421.

⁸¹⁸ C. civ., art. 465 4°

⁸¹⁹ C. civ., art. 465 in fine.

⁸²⁰ V. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p. 396, n° 477.

⁸²¹ Ibid.

⁸²² C. civ., art. 465 2° et 3°.

⁸²³ Voir infra n° 813.

A) L'action en rescision pour lésion

357. La lésion est « *le préjudice que subit l'une des parties au contrat ou au partage du fait de l'inégalité originaire des prestations réciproques ou des lots, disproportion de valeur qui dans la conception française justifie la rescision de l'acte lésionnaire mais seulement dans les cas et aux conditions spécifiés par la loi s'il s'agit des contrats entre majeurs* ».

358. En droit des contrats, l'action en rescision pour lésion n'est ouverte que pour certains actes (partage et vente d'immeuble) et que si elle est importante (plus de 7/12^{ème} pour la vente d'immeuble⁸²⁴, plus d'1/4 pour le partage⁸²⁵). Lorsque le contractant est un majeur protégé bénéficiant d'une protection juridique, l'acte est annulable pour simple lésion. Cela signifie, qu'il n'y a pas de limitation en terme d'importance ou d'acte et sans qu'il soit besoin de prouver un trouble mental à la date de l'acte. En quelque sorte, il y a une présomption de vice du consentement⁸²⁶.

359. Cette action est envisageable quelle que soit la mesure de protection juridique. L'article 435 du Code civil prévoit que les actes passés et les engagements contractés par le majeur sous sauvegarde de justice peuvent être rescindés pour simple lésion. L'article 488 prévoit une disposition similaire pour les actes passés par la personne protégée pendant l'exécution d'un mandat de protection future. L'article 465 1° prévoit que l'acte accompli par personne protégée seule alors qu'elle avait la possibilité de le faire, peut être rescindé. Cet article réserve toutefois une exception à ce principe : lorsque la personne majeure a été autorisée à accomplir l'acte par le juge des tutelles ou par le Conseil de famille, l'acte ne peut être rescindé. Ceci s'explique par le fait que l'autorisation préalable de l'acte rend invraisemblable l'existence d'une lésion⁸²⁷.

360. Il s'agit d'une nullité facultative. Pour apprécier l'opportunité de prononcer la nullité de l'acte, les tribunaux tiennent compte de l'utilité ou de l'inutilité de l'opération, de l'importance ou de la consistance du patrimoine de la personne protégée ainsi que de la

⁸²⁴C. civ., art. 1674.

⁸²⁵C. civ., art. 887.

⁸²⁶J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p. 274, n° 326.

⁸²⁷*ibid*, p. 391, n° 473.

bonne ou mauvaise foi du cocontractant⁸²⁸. Le juge apprécie la situation *in concreto*. Il ne se limite pas à une comparaison entre les valeurs de deux obligations réciproques⁸²⁹.

361. La réforme de 2007 a fait disparaître la spécificité du régime de la rescision pour lésion du majeur protégé, relative aux personnes pouvant engager l'action. Auparavant, du vivant de la personne, toute personne qui pouvait requérir l'ouverture de la tutelle (conjoint, ascendant, descendant, frère et sœur, curateur, ministère public), pouvait agir. Après le décès de la personne, seuls les héritiers de la personne protégée le pouvaient⁸³⁰. Désormais, du vivant de l'intéressé, seule la personne protégée a le droit de demander la rescision pour lésion. Après le décès de la personne, seuls les héritiers peuvent agir⁸³¹. Par ailleurs, le délai de prescription de l'action est de cinq ans à compter de la date où le majeur en a connaissance après la fin de la mesure⁸³².

362. La rescision étant assimilée à la nullité, elle a un effet rétroactif. L'acte est sensé n'avoir jamais été passé. Chaque contractant doit restituer ce qu'il a reçu. De ce fait, le contractant n'a pas la possibilité d'offrir un supplément pour compenser le déséquilibre. Le législateur de 2007 semble avoir exclu la possibilité de confirmer l'acte⁸³³.

B) L'action en réduction pour excès

363. Le régime de l'action en réduction pour excès est semblable à celui de la rescision pour lésion, que ce soit au niveau des personnes pouvant agir, du délai de prescription de l'action ou de l'appréciation du juge⁸³⁴. Les deux actions diffèrent au niveau du cas d'ouverture. En effet, l'action en réduction pour excès ne suppose pas un déséquilibre mais

⁸²⁸ C. civ., art. 435, 488 (et 465 1° qui renvoie à l'article 435)

⁸²⁹ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2005, p. 1284, n° 1257.

⁸³⁰ C. civ., art. 491-2 ancien.

⁸³¹ C. civ., art. 435 al. 3.

⁸³² C. civ., art. 1304.

⁸³³ L'article 465 semble limiter la possibilité de confirmation d'un acte à ceux accomplis par l'organe de protection.

⁸³⁴ C. civ., art. 435, 465 1° et 488

simplement l'inutilité de l'acte, de la dépense ou la disproportion entre la dépense et les ressources de la personne⁸³⁵.

364. L'action en réduction pour excès n'aboutit pas à une annulation de l'acte mais tend seulement à ramener l'opération excessive à des proportions normales, c'est-à-dire compatibles avec la situation pécuniaire de la personne⁸³⁶. Le tribunal tient compte, comme pour l'action en nullité, de l'utilité, de l'importance du patrimoine de la personne protégée ainsi que de la bonne ou mauvaise foi du cocontractant⁸³⁷.

CONCLUSION DU CHAPITRE

365. Si la loi du 3 janvier 1968 s'était principalement préoccupée de la protection des biens de la personne, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a institué un véritable régime de protection du majeur vulnérable que ce soit en matière personnelle ou patrimoniale.

D'une part, la protection en matière personnelle est désormais expressément prévue et surtout organisée. Il existe un véritable droit commun de la protection de la personne applicable à l'ensemble des mesures de protection juridiques qu'elles soient judiciaires ou conventionnelle. Le principe est celui de l'autonomie de la personne majeure protégée. Ainsi, les mécanismes d'assistance ou de représentation de la personne n'interviennent qu'en cas de nécessité. En outre, une compétence exclusive est prévue pour les actes à caractère strictement personnels. Ce dispositif doit être salué car il offre une véritable protection en matière personnelle, et il est respectueux des facultés de la personne atteinte de trouble mental et donc de sa dignité.

D'autre part, le mécanisme de l'incapacité permet d'assurer la protection de la personne tant au niveau de ses biens que de sa personne. L'incapacité est une mesure de protection car dans certaines situations la personne n'est pas apte à agir seule, voire a besoin d'être

⁸³⁵ A. DELFOSSE et N. BAILLON-WIRTZ, *La réforme du droit des majeurs protégés : Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, Avant-propos B. REYNIS, préf. J.-P. FERRET, Litec, Collection pratique notariale, 2009, p. 48, n° 166 ; F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2005, p. 1287, n° 1259.

⁸³⁶ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2005, p. 1287, n° 1259.

⁸³⁷ C. civ., art. 435, 488 (et 465 1° qui renvoie à l'article 435).

protégée contre les décisions qu'elle pourrait prendre. La protection peut prendre, suivant les cas, la forme d'une assistance ou d'une représentation. La protection est également assurée par différents mécanismes permettant de revenir sur l'acte passé par la personne atteinte de trouble mental. En outre, la coïncidence entre la capacité de fait et de droit permet d'assurer la protection de la personne atteinte de trouble mental.

Ainsi, le droit a mis en place différents mécanismes permettant d'assurer la protection de la personne du majeur protégé. Il convient désormais de s'intéresser à la protection de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE FAISANT L'OBJET DE SOINS PSYCHIATRIQUES

366. La protection de la personne du majeur soigné en psychiatrie passe par la reconnaissance de ses droits.

Aux termes de l'article L. 3211-2 du Code de la santé publique, la personne hospitalisée librement « *dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause.* » Par conséquent, la personne hospitalisée librement pour des troubles mentaux a droit à la protection de la santé (qui se décline en droit à la prévention, à un égal accès aux soins et à la continuité des soins)⁸³⁸, au respect de sa dignité⁸³⁹, et ne pas être discriminée⁸⁴⁰, au respect de sa vie privée et à la confidentialité⁸⁴¹, de recevoir des soins appropriés qui ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable⁸⁴², au libre choix de son médecin⁸⁴³, à une prise en charge de la douleur, d'accéder à des soins palliatifs et d'accompagnement si son état le nécessite⁸⁴⁴. Au-delà de ce reconnu dans le chapitre préliminaire relatif au droit de la personne, la personne hospitalisée librement pour troubles mentaux a droit à l'information⁸⁴⁵, à consentir aux soins⁸⁴⁶, et à accéder aux informations la concernant⁸⁴⁷. Elle a également droit au respect des libertés individuelles telles que la liberté d'aller et venir⁸⁴⁸ et la liberté religieuse⁸⁴⁹.

Il convient donc de présenter les droits de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques (Section 1) et les garanties mises en place pour assurer l'effectivité de ces droits (Section 2).

⁸³⁸ CSP, art. L. 1110-1.

A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2^{ème} éd., 2009, p. 310 et s., n° 296 et s.

⁸³⁹ CSP, art. L. 1110-2.

⁸⁴⁰ CSP, art. L. 1110-3.

⁸⁴¹ CSP, art. L. 1110-4 et C. civ., art. 9.

⁸⁴² CSP, art. L. 1110-5.

⁸⁴³ CSP, art. L. 1110-8.

⁸⁴⁴ CSP, art. L. 1110-9 et L. 1110-10.

⁸⁴⁵ CSP, art. L. 1111-2.

⁸⁴⁶ CSP, art. L. 1111-4 et C. civ., art. 16-3.

⁸⁴⁷ CSP, art. L. 1111-7.

⁸⁴⁸ Article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

⁸⁴⁹ CSP, art. R. 1112-46.

Circulaire DHOS/G/2005/n°57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé, BO 2005/2.

Section 1 : Les droits de la personne majeure faisant l'objet de soins sous contrainte

Il convient de présenter la consécration des droits de la personne faisant l'objet de soins sous contraintes ont été consacrés par plusieurs interventions législatives (§1) avant de s'intéresser à leur contenu (§2).

Paragraphe 1 : La consécration des droits de la personne soignée pour trouble mental

367. Si trois lois d'importance majeure sont intervenues en matière de soins sans consentement, seules les deux dernières ont consacré les droits des personnes hospitalisées. En effet, avant la loi du 27 juin 1990, les droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux n'étaient pas reconnus (I). Ceux-ci ont été consacrés par loi de 1990 (II) et renforcés par la loi du 5 juillet 2011 (III).

I- La non reconnaissance des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux avant la loi du 27 juin 1990

368. La Loi du 30 juin 1838⁸⁵⁰ est restée silencieuse sur la question des droits des personnes hospitalisées pour troubles mentaux. L'une des rares hypothèses dans laquelle le majeur est un sujet actif, est celle du pouvoir de saisir le tribunal d'une demande de sortie de la mesure de placement, offerte par l'article 29 de la Loi⁸⁵¹ (article L. 351 de l'ancien Code de la santé publique). La possibilité de correspondance entre la personne hospitalisée et les autorités administratives et judiciaires est absolue car il est interdit aux chefs, directeurs ou préposés responsables des établissements publics ou privés d'aliénés, et aux médecins employés dans ces établissements, de supprimer ou retenir une telle requête ou réclamation sous peine de sanction pénale⁸⁵². Si la Loi prévoit un droit de communication avec les autorités, elle ne prévoit rien de tel avec des personnes autres que les autorités. Au contraire, le médecin-chef avait le droit de contrôler voire de retenir la correspondance

⁸⁵⁰ Loi n° 7443 du 30 juin 1838, sur les aliénés, bulletin des lois, n° 581, p. 1005 ; recueil Duvergier p. 490.

⁸⁵¹ Les autres hypothèses concernent le pouvoir de demander la désignation d'un curateur à la personne (article 39 de la Loi sur les aliénés, article L. 352 de l'ancien Code de la santé publique)

⁸⁵² L'article 41 de la Loi sur les aliénés prévoit un emprisonnement de cinq jours à un an, et d'une amende de cinquante francs à trois mille francs, ou de l'une ou l'autre de ces peines. (article 355 de l'ancien Code de la santé publique).

reçue ou adressée par le patient dès lors qu'il l'estimait opportun⁸⁵³. En effet, la jurisprudence considérait que « *le directeur de l'établissement peut, sans manquer à ses devoirs, les retenir, soit pour une raison médicale, soit dans l'intérêt de la paix publique ou du repos des familles* »⁸⁵⁴ et que seul était fautif l'abus de droit. Cette même jurisprudence précise, que le fait de retenir sciemment et par malice une correspondance constitue un abus de droit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Les mêmes motifs permettaient de refuser les visites⁸⁵⁵.

L'autre hypothèse dans laquelle la personne hospitalisée est considérée comme un sujet actif est celle qui lui permet de formuler des réclamations aux personnes chargées de visiter les établissements consacrés aux aliénés, implicitement offerte par l'article 4⁸⁵⁶ de la loi de 1838 (article L. 332 de l'ancien Code de la santé publique).

369. La loi du 2 février 1981 « dite Sécurité et Liberté »⁸⁵⁷ a constitué une avancée dans la reconnaissance des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux. En effet, cette loi a introduit dans l'ancien Code de la santé publique l'article L. 353-2 qui contient une énumération limitative de droits⁸⁵⁸. Cet article prévoit le droit d'être informé à son admission de ses droits et devoirs, de disposer à son gré de la liberté d'émettre ou de recevoir des communications téléphoniques ou du courrier personnel, de recevoir des visites, de refuser tout traitement et de prendre conseil d'un médecin de son choix pour en décider, de disposer de sa liberté de mouvement à l'intérieur de l'établissement, sous

⁸⁵³ Circulaire ministérielle du 5 février 1938 relative au règlement modèle du service intérieur des hôpitaux psychiatriques (art. 85).

M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection de la personne des malades mentaux (loi du 30 juin 1838)*, Préf. F. TERRE, PUF, 1983, p. 35.

⁸⁵⁴ CA Grenoble, 13 mars 1931, Gaz. Pal. 1931, 2, p. 776.

⁸⁵⁵ M.-P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *Droit, folie, liberté : la protection de la personne des malades mentaux (loi du 30 juin 1838)*, Préf. F. TERRE, PUF, 1983, p. 35 et 302.

⁸⁵⁶ Cet article dispose « *Le préfet et les personnes spécialement déléguées à cet effet par lui ou par le ministre de l'intérieur, le président du tribunal, le procureur du Roi, le juge de paix, le maire de la commune, sont chargés de visiter les établissements publics ou privés consacrés aux aliénés. Ils recevront les réclamations des personnes qui y seront placées, et prendront, à leur égard, tous renseignements propres à faire connaître leur position.*

Les établissements privés seront visités, à des jours indéterminés, une fois au moins chaque trimestre, par le procureur du Roi de l'arrondissement. Les établissements publics le seront de la même manière, une fois au moins par semestre. »

⁸⁵⁷ Loi n°81-82 du 2 février 1981, Renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Loi PEYREFITTE), JO du 3 février 1981, p. 415.

⁸⁵⁸ C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 90.

réserve du respect du règlement intérieur de celui-ci, de pratiquer la religion de son choix sans discrimination. Toutefois, le champ d'application de cet article était limité car, les personnes hospitalisées dans des établissements publics ou privés relevant de dispositions spéciales étaient exclues. Paradoxalement, une personne placée sans son consentement dans le service psychiatrique d'un établissement général était mieux protégée qu'une personne hospitalisée librement dans un établissement spécialisé⁸⁵⁹. Par conséquent, cette restriction du champ d'application a créé des inégalités critiquables car fondées sur le statut de l'établissement et non sur le mode d'hospitalisation.

II- La reconnaissance des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux par la loi du 27 juin 1990

370. Comme l'indique son intitulé, la loi du 27 juin 1990⁸⁶⁰ a pour objectif la protection des droits et libertés de la personne hospitalisée pour troubles mentaux. La réforme de la loi de 1838, s'inscrit dans le cadre défini par les textes européens. En effet, la Loi s'est inspirée de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires⁸⁶¹ qui prévoit dans son article 6 deux droits inaliénables : le droit de communiquer avec les autorités, la personne qui a décidé du placement et un avocat, ainsi que le droit de correspondance sans ouverture du courrier. Ce même article pose un principe général selon lequel « *les restrictions imposées à la liberté individuelle du patient doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et l'efficacité du traitement* ». Cette formulation est reprise presque littéralement par la loi de 1990.

371. La loi du 27 juin 1990, palliant ainsi les lacunes de la loi de 1838, est venue reconnaître aux personnes hospitalisées sans leur consentement, un certain nombre de droits inaliénables. Ceux-ci sont principalement énumérés à l'article L. 3211-3 du Code de la

⁸⁵⁹ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, Vol. 2 : La protection de la personne malade mentale hospitalisée, préf. T. DOURAKI, éd. CTNERHI, 2002, p. 40. - C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 90.

⁸⁶⁰ Loi n° 90-527 du 27 juin 1990, relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, JO du 30 juin 1990, p. 7664.

⁸⁶¹ Recommandation R(83)2 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 22 février 1983, sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires.

santé publique⁸⁶². Si la Loi de 1990 proclame des droits inaliénables, elle prévoit également la possibilité de restreindre l'exercice des libertés individuelles dans la limite de ce qui est nécessité par l'état de santé et la mise en œuvre du traitement. Le principe est donc le respect de l'exercice des libertés individuelles et l'exception, les restrictions à cet exercice.

III- Le renforcement des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux par la loi du 5 juillet 2011

372. Un des objectifs de la loi du 5 juillet 2011⁸⁶³, est le renforcement des droits des personnes malades et des garanties du respect de leurs libertés individuelles⁸⁶⁴. La loi a tenu compte des recommandations européennes et de celles du contrôleur général des lieux de privation de liberté. En effet, l'article 20 des recommandations du Conseil de l'Europe du 22 septembre 2004, préconise à diverses reprises la prise en compte de la volonté du patient⁸⁶⁵. En outre, dans son avis du 15 février 2011, le contrôleur général des lieux de privation de liberté⁸⁶⁶, critique l'absence d'effectivité du droit de contester la mesure d'hospitalisation d'office.

373. Il convient de relever que relativement aux restrictions à l'exercice des libertés individuelles, la loi du 5 juillet 2011 a repris la formule du Conseil constitutionnel selon lequel elles « *doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis* »⁸⁶⁷.

⁸⁶² Ancien article L. 326-3.

⁸⁶³ Loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

⁸⁶⁴ V. exposé des motifs du projet de loi.

⁸⁶⁵ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux.

⁸⁶⁶ Avis du 15 février 2011 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office, JO du 20 mars 2011, texte 39/72.

⁸⁶⁷ Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE. (cons. 16).

V. la lettre rectificative au projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, p. 21.

rapport n° 3445 de M. Guy LEFRAND, fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 mai 2011, p. 19.

374. Pour atteindre l'objectif qu'elle s'est fixée, la loi a renforcé les obligations d'information de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement, que ce soit lors de l'admission ou tout au long de la mesure⁸⁶⁸. Surtout, elle pose l'obligation de rechercher et de tenir compte de l'avis de la personne sur les modalités des soins. La loi du 5 juillet 2011 a facilité les sorties de courtes durées en prévoyant l'accompagnement de la personne hospitalisée⁸⁶⁹. Elle prévoit également dans certaines hypothèses, des contrôles automatiques de la mesure de soins psychiatriques par le juge des libertés et de la détention, le collège ou la commission départementale des soins psychiatriques.

Il importe dès à présent, de s'intéresser au contenu de ces droits inaliénables.

Paragraphe 2 : Les droits reconnus aux personnes faisant l'objet de soins sans consentement

375. La loi du 27 juin 1990 a reconnu un certain nombre de droits au bénéfice des personnes hospitalisées sans leur consentement. Ceux-ci ont été renforcés par la loi du 5 juillet 2011. Ces droits sont notamment contenus dans l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique qui dispose : *«Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée.*

Avant chaque décision prononçant le maintien des soins en application des articles L. 3212-4, L. 3212-7, L. 3213-1 et L. 3213-4 ou définissant la forme de la prise en charge en application des articles L. 3211-12-5, L. 3212-4, L. 3213-1 et L. 3213-3, la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est, dans la mesure où son état le permet, informée de ce projet de décision et mise à même de faire valoir ses observations, par tout moyen et de manière appropriée à cet état.

En outre, toute personne faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II et III du présent titre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale est informée :

⁸⁶⁸ CSP, art. L. 3211-3.

A. MIRKOVIC, « Soins psychiatriques : une adoption dans l'urgence ! », JCP G, AR, p. 847.

⁸⁶⁹ CSP, art. L. 3211-11-1.

a) Le plus rapidement possible et d'une manière appropriée à son état, de la décision d'admission et de chacune des décisions mentionnées au deuxième alinéa du présent article, ainsi que des raisons qui les motivent ;

b) Dès l'admission ou aussitôt que son état le permet et, par la suite, à sa demande et après chacune des décisions mentionnées au même deuxième alinéa, de sa situation juridique, de ses droits, des voies de recours qui lui sont ouvertes et des garanties qui lui sont offertes en application de l'article L. 3211-12-1.

L'avis de cette personne sur les modalités des soins doit être recherché et pris en considération dans toute la mesure du possible.

En tout état de cause, elle dispose du droit :

1° De communiquer avec les autorités mentionnées à l'article L. 3222-4 ;

2° De saisir la commission prévue à l'article L. 3222-5 et, lorsqu'elle est hospitalisée, la commission mentionnée à l'article L. 1112-3 ;

3° De prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix ;

4° De porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence ;

5° D'émettre ou de recevoir des courriers ;

6° De consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent ;

7° D'exercer son droit de vote ;

8° De se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix.

Ces droits, à l'exception de ceux mentionnés aux 5°, 7° et 8°, peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade ».

376. Si la majorité des droits reconnus à la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement sont contenus à l'article L. 3211-3 qui prévoit des droits spécifiques (I), force est de constater que d'autres se trouvent dans diverses dispositions du chapitre relatif aux droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques (II).

I- Les droits reconnus par l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique

377. Après avoir posé le principe du respect de liberté individuelle et prévu les justifications de l'exception à ce principe, l'article L.3211-3 du Code de la santé publique énumère les droits inaliénables dont bénéficie la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement. Certains de ces droits sont énumérés dans une liste numérotée (A) d'autres non (B).

A) Les droits inaliénables non contenus dans la liste numérotée

378. Pour ce qui concerne les droits ne figurant pas dans la liste numérotée, l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique prévoit qu'en « *toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée* ». Le principe fondamental du respect de la dignité est donc rappelé. Il convient de relever que ce droit est reconnu à toute personne malade par l'article L. 1110-2 du Code de la santé publique, créé par la loi du 4 mars 2002. Ainsi avant, que la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, n'interdise les atteintes à dignité de la personne⁸⁷⁰, la loi du 27 juin 1990 avait prévu le respect de ce droit pour les personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux. Divers textes internationaux prévoient le principe du respect de la dignité de la personne humaine⁸⁷¹. Ceci pose la question de l'intérêt de rappeler un droit reconnu à tous les êtres humains. Peut-être a-t-il semblé opportun de rappeler que les personnes atteintes de déficience mentale étaient des êtres humains à part entière.

Par ailleurs, la réinsertion de la personne doit être recherchée. Afin d'atteindre cet objectif, la loi du 27 juin 1990 a consacré la pratique des sorties d'essai⁸⁷². La loi du 5 juillet 2011 est allée encore plus loin en prévoyant des modes alternatifs à l'hospitalisation.

⁸⁷⁰Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JO du 30 juillet 1994, p.11056.
C. civ., art. 16.

⁸⁷¹Le principe du respect de la dignité de la personne humaine est garanti par la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'ONU le 10 décembre 1948, (art. 1 et 2)
nota : Le terme « dignité » n'apparaissait pas dans la version initiale de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950. Le terme apparaît dans le Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, signé le 3 mai 2002 à Vilnius.

⁸⁷²CSP, art. L. 3211-11 ancien, L. 3211-11-1.

Voir les développements sur la prise en charge extrahospitalière n° 402.

379. L'article L. 3211-3 du Code de la santé publique se poursuit en énonçant que la personne « *doit être informée dès l'admission et par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits.* » A la différence des autres droits reconnus à la personne soignée en psychiatrie sans son consentement, le droit à l'information sur la situation juridique et les droits, est présenté sous l'angle de l'obligation dont le patient est le créancier⁸⁷³. Ce droit à l'information est généralement classé parmi les droits inaliénables⁸⁷⁴. Il est possible de s'interroger sur le caractère de ce droit dans la mesure où il n'est pas précédé de l'expression « *en toutes circonstances* » ou « *en tout état de cause* », et qu'il fait l'objet d'un alinéa particulier. Toutefois, le législateur n'ayant pas prévu de restrictions à l'exercice de ce droit, il apparaît comme un droit absolu pour le patient. Cette considération est renforcée par le fait que le report de l'information à un moment déterminé par un tiers a été rejeté lors des débats parlementaires⁸⁷⁵ et par le fait que ce droit est la condition de l'exercice effectif des autres droits⁸⁷⁶. Afin de renforcer les droits des personnes, et de se mettre en conformité avec la recommandation du 22 septembre 2004 du Conseil de l'Europe⁸⁷⁷, la loi du 5 juillet 2011 instaure une information régulière des patients sur leur droit. L'information de la personne sur sa situation juridique, ses droits et les voies de recours ne se limitera pas au moment de l'admission mais devra avoir lieu également avant chaque décision prononçant le maintien des soins ou définissant la forme de la prise en charge⁸⁷⁸. Cependant, il convient de constater un infléchissement du droit à l'information lors de l'admission puisque, l'information peut être différée au moment où l'état de la personne le

⁸⁷³ Sur la question des obligations découlant des droits subjectifs voir D. THOUVENIN, « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », RGDM, LEH, 2004, n° 13, p. 79-100. (Les réflexions de l'auteur sur les droits énoncés par la loi du 4 mars 2002 pouvant être généralisées.)

⁸⁷⁴ Voir notamment C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 92 ; P. COUVROT, « La loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs contributions d'hospitalisation : aspects juridiques », in *Justice et psychiatrie*, Sous dir. M. COLIN et P. COUVROT, ENM, édition Bergeret, Bordeaux, 1993, p. 180.

⁸⁷⁵ Le projet de loi n° 45 contenait la formule « dès que son état le permet ». L'amendement défendu par Jean Dumont proposait d'utiliser l'expression « *dès que son état médicalement constaté le permet* » (Sénat, séance du 18 avril 1990, p. 378). Amendement défendu par Henri Belcourt proposait d'utiliser l'expression « *dès qu'elle est assurément en état de comprendre* » (Sénat, séance du 18 avril 1990, p. 380). Cités dans C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 99.

⁸⁷⁶ C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 98.

⁸⁷⁷ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 22.2)

⁸⁷⁸ CSP, art. L. 3211-3 b).

permet⁸⁷⁹. Un tel infléchissement était nécessaire pour s'assurer de la compréhension de l'information délivrée.

380. En outre, la loi du 5 juillet 2011, s'inspirant des recommandations du 22 septembre 2004 du Conseil de l'Europe⁸⁸⁰, créé l'obligation de rechercher et de prendre en compte, dans la mesure du possible, l'avis de la personne concernée sur les modalités de soins⁸⁸¹.

B) Les droits inaliénables contenus dans la liste numérotée

381. Pour ce qui concerne les droits inaliénables faisant partie de la liste numérotée, l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique mentionne le droit de communiquer avec certaines autorités⁸⁸², le droit de saisir la Commission départementale des soins psychiatriques, le droit de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix, le droit d'émettre ou de recevoir des courriers, le droit de consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent, le droit d'exercer son droit de vote, le droit de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix. Certains de ces droits ne peuvent être exercés que par la personne hospitalisée, d'autres peuvent faire l'objet d'une représentation.

382. Les droits ne pouvant être exercés que par la personne sont au nombre de trois. Il s'agit du droit d'émettre ou de recevoir des courriers, du droit de vote et du droit de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix. Tous les autres droits de la liste

⁸⁷⁹ Idem.

⁸⁸⁰ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 20)

⁸⁸¹ Loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge (art. 1^{er}).

⁸⁸² L'article L. 3211-3 du Code de la santé publique vise les autorités mentionnées à l'article L. 3222-4 du même code. Il s'agit du Préfet, du Directeur général de l'agence régionale de santé, du juge du tribunal d'instance, du président du tribunal de grande instance, du maire de la commune et du procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement. Le droit de communiquer avec le directeur général de l'agence régionale de santé a été ajouté par l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (JO du 25 février 2010, p. 3585).

peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade⁸⁸³.

383. Tout d'abord, le droit de correspondance est un droit absolu, qu'il s'agisse de la correspondance avec les autorités ou de la correspondance privée. Il convient d'observer que l'exercice de certains droits peut nuire au patient et/ou à son traitement. Tel est le cas d'une correspondance adressée par le patient sans qu'il n'en ait réellement mesuré les implications ou du maintien des contacts avec l'extérieur alors que l'isolement est le traitement adéquat⁸⁸⁴. Mais le législateur de 1990 a refusé de subordonner l'exercice de ce droit à l'appréciation du médecin⁸⁸⁵. En outre, il a maintenu les sanctions pénales en matière de rétention de requête adressée aux autorités administratives ou judiciaires⁸⁸⁶. Les restrictions à l'exercice du droit de correspondance privée engagent la responsabilité civile ou administrative de l'établissement⁸⁸⁷ mais également sa responsabilité pénale. En effet, en l'absence de disposition pénale spécifique, il convient de se référer à l'article 432-9 du Code pénal qui incrimine les atteintes au secret des correspondances par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public⁸⁸⁸.

384. Si le droit de correspondance privée est reconnu par la loi de 1990, tel n'est pas le cas du droit de communication. Le droit d'émettre ou de recevoir des appels téléphoniques ne figure pas dans la liste de l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique. Par conséquent, le droit de communication téléphonique peut faire l'objet de restrictions selon l'état de santé

⁸⁸³ CSP, art. L. 3211-3, dernier alinéa.

⁸⁸⁴ F. CAROLI, *Hospitalisation psychiatrique. Ancienne et nouvelle loi*, PUF, coll. Nodules, 1991, p. 91 et 92 - C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 100 et s.

⁸⁸⁵ Voir Corinne LOISEAU qui précise que des amendements proposant de limiter l'exercice du droit de correspondance ont été rejetés. L'amendement défendu par Michel Miroudot proposait d'utiliser l'expression « *après avis du psychiatre de l'établissement* » (Sénat, séance du 18 avril 1990, p. 380). Amendement défendu par Jean Dumont proposait d'utiliser l'expression « *dès que son état médicalement constaté le permet* » (Sénat, séance du 18 avril 1990, p. 377). L'amendement défendu par Charles Descours proposait d'utiliser l'expression « *après avis du médecin traitant* » (Sénat, séance du 18 avril 1990, p. 380). L'amendement défendu par Gilbert Millet proposait d'utiliser l'expression « *lorsque l'équipe médicale estime que ce courrier peut compromettre la réinsertion du malade elle saisit la commission départementale des hospitalisations psychiatriques* ». Cités dans C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 101.

⁸⁸⁶ CSP, art. L. 3215-2 et L. 3215-4. Ces articles prévoyaient une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros. La loi du 5 juillet 2011, a porté ces peines à six mois d'emprisonnement et 7500€ d'amendes afin d'harmoniser le quantum de la peine avec le droit commun. (Rapport n°3189, de M. Guy LEFRAND, p. 155)

⁸⁸⁷ CE, 6 avril 2007, req. n° 280494, Bernardet c/ Centre hospitalier spécialisé de Cadillac-sur-Garonne, Concl. C. Landais, AJDA 2008, p. 416 ; obs. H. RIHAL, AJDA 2008, p. 47. (En l'espèce, le centre hospitalier spécialisé avait décidé que M. B. ne pourrait émettre des courriers qu'à la condition qu'ils soient adressés à leurs destinataires par l'intermédiaire d'un avocat)

⁸⁸⁸ L'article 432-9 du Code pénal prévoit une peine de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000€ d'amende.

du patient et les besoins liés à la mise en œuvre du traitement. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 novembre 2010 a considéré que ces restrictions ne « *portent pas une atteinte disproportionnée à l'exercice de droits constitutionnellement garantis* »⁸⁸⁹. De la même manière, dès lors que le droit de visite n'est pas mentionné dans l'énumération des droits, son exercice est susceptible de limitations. Sous l'empire de la loi de 1838, le principe était celui de l'interdiction des visites, l'autorisation était l'exception⁸⁹⁰. La loi de 1990 en posant le principe de la plénitude d'exercice des libertés individuelles a permis de renverser la logique qui existait en pratique en matière de correspondance privée et de visites. Elle a ainsi renforcé certains droits même si elle ne leur a pas conféré un caractère inaliénable.

385. Ensuite, le droit de vote ne peut être exercé que par la personne faisant l'objet de soins psychiatriques car il s'agit d'un droit personnel. Toutefois, le mécanisme de la procuration permet de faciliter l'exercice de ce droit lorsque la personne n'est pas autorisée à sortir de l'établissement⁸⁹¹. La personne malade dispose par principe du droit de vote. Seule l'existence d'une mesure de tutelle peut conduire à l'incapacité d'exercice du droit de vote⁸⁹².

386. Enfin, la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement dispose du droit de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix. Ce droit découle de la liberté de croyance qui a valeur constitutionnelle⁸⁹³. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁹⁴ reconnaît dans son article 9 la liberté de pensée, de conscience et de religion. L'article R. 1112-46 du Code de la santé publique prévoit que les personnes hospitalisées « *doivent être*

⁸⁸⁹ Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE. (cons. 31).

⁸⁹⁰ A. BOUMAZA, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, Vol. 2 : La protection de la personne malade mentale hospitalisée, préf. T. DOURAKI, éd. CTNERHI, 2002, p. 94. - C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 96.

⁸⁹¹ L'article 71 du Code électoral modifié par l'ordonnance n°2003-1165 du 8 décembre 2003 (JORF 9 décembre 2003, p. 20961), prévoit les conditions du droit de vote par procuration. Le recours à la procuration est possible notamment lorsque des raisons de santé rendent impossible la présence de l'électeur dans la commune le jour du scrutin ou sa participation même s'il est présent sur la commune.

⁸⁹² C. élect., art. L. 5. Cet article dispose : « *Lorsqu'il ouvre ou renouvelle une mesure de tutelle, le juge statue sur le maintien ou la suppression du droit de vote de la personne protégée.* »

⁸⁹³ La liberté de croyance fait partie du bloc de constitutionnalité dans la mesure où elle est affirmée dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (art. 10) et dans le préambule de la constitution du 27 octobre 1946.

⁸⁹⁴ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950.

mises en mesure de participer à l'exercice de leur culte. Ils reçoivent, sur demande de leur part adressée à l'administration de l'établissement, la visite du ministre du culte de leur choix ». Cet article est visé dans la circulaire relative à la laïcité dans les établissements de santé⁸⁹⁵ qui rappelle que l'expression des convictions religieuses ne doit pas porter atteinte « *à la qualité des soins et aux règles d'hygiène (le malade doit accepter la tenue vestimentaire imposée compte tenu des soins qui lui sont donnés), à la tranquillité des autres personnes hospitalisées et de leurs proches, au fonctionnement régulier du service.* » En outre, la Charte de la laïcité dans les services public rappelle que « *Les usagers accueillis à temps complet dans un service public, notamment au sein d'établissements médico-sociaux ou hospitaliers ont droit au respect de leurs croyances et de participer à l'exercice de leur culte, sous réserve des contraintes découlant des nécessités du bon fonctionnement du service.* »⁸⁹⁶

387. Les autres droits énumérés à l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique peuvent être exercés par les parents de la personne soignée en psychiatrie sans son consentement ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade. Il s'agit du droit de communiquer avec certaines autorités, de saisir la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques, de porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence⁸⁹⁷, de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix, et du droit de consulter le règlement intérieur et de recevoir les explications qui s'y rapportent. Ces droits permettent de mettre en œuvre les mécanismes de protection des libertés individuelles des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement. En effet, le règlement intérieur de l'établissement comprend « *les règles de fonctionnement des établissements de santé propres à faire assurer le respect des droits et obligations des patients hospitalisés* »⁸⁹⁸ et fréquemment les mentions énoncées dans la charte de la personne hospitalisée⁸⁹⁹. La consultation du règlement intérieur, tout comme la remise du livret d'accueil⁹⁰⁰, permet

⁸⁹⁵ Circulaire DHOS/G no 2005-57 du 2 février 2005 relative à la laïcité dans les établissements de santé.

⁸⁹⁶ Circulaire du premier ministre n° 5209/SG du 13 avril 2007 relative à la laïcité dans les services publics.

⁸⁹⁷ Ce droit a été inséré à l'article L. 3211-3 par la réforme du 5 juillet 2011.

⁸⁹⁸ CSP, art. L. 1112-3.

⁸⁹⁹ CSP, art. L. 1112-2 et R. 1112-77.

Depuis la circulaire DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90 du 2 mars 2006 (BO 2006-4), la charte de la personne hospitalisée a remplacé la charte du patient hospitalisé (annexée à la circulaire DGS/DH/95/22 du 6 mai 1995).

⁹⁰⁰ CSP, art. L. 1112-2.

donc à la personne de connaître ses droits ce qui constitue un préalable nécessaire pour en demander le respect.

388. Les quatre autres droits permettent d'exercer des recours gracieux ou contentieux. Sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, la personne hospitalisée pouvait adresser des réclamations ou requêtes aux différentes autorités de contrôle que sont : le Préfet, le Directeur général de l'agence régionale de santé⁹⁰¹, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance, le maire de la commune, le procureur de la République dans le ressort duquel est situé l'établissement. Depuis la loi du 5 juillet 2011, elle peut s'adresser au Préfet, au président du tribunal de grande instance et au procureur de la République et au maire⁹⁰². Comme cela a déjà été évoqué, ces requêtes ne peuvent être contrôlées ou retenues par l'établissement ou son personnel. Ainsi, la nouvelle loi a limité le nombre des interlocuteurs. La personne hospitalisée a également le droit de saisir la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques qui est une véritable garantie de l'effectivité des droits⁹⁰³.

389. Le droit de prendre conseil d'un médecin implique que le patient peut critiquer, voire refuser le traitement proposé. Il convient de relever que la loi de 1990, à la différence de la loi du 2 février 1981⁹⁰⁴, ne prévoit pas de manière expresse le droit de refuser le traitement⁹⁰⁵. La loi du 5 juillet 2011 admet clairement les soins sans consentements⁹⁰⁶. En outre, pour faire valoir ses droits, la personne hospitalisée a droit de consulter l'avocat de son choix. Ce droit découle du droit de la défense⁹⁰⁷. La particulière vulnérabilité des personnes hospitalisées sans leur consentement justifie le caractère inaliénable de ce droit. En effet, l'altération des facultés mentales de la personne peut la rendre incapable de se défendre seule.

⁹⁰¹Le droit de communiquer avec le Directeur général de l'agence régionale de santé a été ajouté par l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (JO du 25 février 2010, p. 3585).

⁹⁰²il s'agit des autorités mentionnées à l'article L. 3222-4.

⁹⁰³Cf. infra n° 424.

⁹⁰⁴Loi n°81-82 du 2 février 1981, Renforçant la sécurité et protégeant la liberté de personnes (Loi PEYREFITTE), JO du 3 février 1981, p. 415.

CSP, art. L. 353-2 (ancien).

⁹⁰⁵L. DUBOIS, « La loi du 27 juin 1990 assure-t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ? », Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, Dalloz, 1992, p. 727.

⁹⁰⁶V. développements sur le consentement aux soins en psychiatrie n° 230.

⁹⁰⁷En matière pénale, le droit à l'assistance d'un avocat est reconnu par l'article 6§3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales adopté par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950, et par l'article 14§3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI).

390. Par ailleurs il convient de souligner que la loi du 5 juillet 2011 a ajouté un nouveau droit à la liste numérotée : le droit de porter à la connaissance du contrôleur général des lieux de privation de liberté de l'existence de situation relevant de sa compétence⁹⁰⁸. Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté est une autorité indépendante créée par la loi du 30 octobre 2007. Il a pour mission de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux⁹⁰⁹.

391. L'article L. 3211-3 du Code de la santé publique prévoit la majorité des droits propres aux personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement. Les autres droits reconnus à ces personnes se trouvent dans d'autres dispositions du Code de la santé publique.

II- Les autres droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement

392. Dans le Code de la santé publique, le chapitre 1 du titre 1 du livre relatif à la lutte contre les maladies mentales traite des droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques. Les personnes soignées sans leur consentement bénéficient donc de l'ensemble des droits reconnus dans ce chapitre. La loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge étend ces droits à l'ensemble des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques. Ce chapitre contient des dispositions communes à l'ensemble des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques (A) et d'autres spécifiques aux personnes hospitalisées sans leur consentement (B)

A) Les droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques

393. Le droit au libre choix du praticien est affirmé par l'article L. 3211-1 du Code de la santé publique. Ce droit était reconnu à tout patient par la loi du 31 décembre 1970 portant

⁹⁰⁸ Loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge (art. 1).

⁹⁰⁹ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, JO du 31 octobre 2007, p. 17891, (art. 1).

réforme hospitalière⁹¹⁰ et figure actuellement à l'article L. 1110-8 du Code de la santé publique, créé par la loi du 4 mars 2002. Le droit au libre choix du praticien n'est pas limité par la sectorisation psychiatrique⁹¹¹ puisque le patient (ou sa famille) peut s'adresser à un praticien se trouvant à l'extérieur du secteur psychiatrique correspondant à son lieu de résidence.

394. Le droit au respect des règles déontologiques et éthiques lors de la mise en œuvre de tout protocole thérapeutique pratiqué en psychiatrie est contenu à l'article L. 3211-4 du Code de la santé publique.

395. En outre, à sa sortie de l'établissement, la personne hospitalisée en raison de troubles mentaux a le droit, sous réserve des dispositions relatives à la protection des majeurs, « *de conserver la totalité de ses droits et devoirs de citoyen, sans que ses antécédents psychiatriques ne puissent lui être opposés.* »⁹¹² L'objectif de ce droit est d'éviter les discriminations fondées sur les antécédents psychiatriques de la personne. Il convient dès à présent, de relever que l'existence de fichiers contenant des informations relatives aux personnes soignées en psychiatrie sans leur consentement peut nuire à l'effectivité de ce droit. En effet, la loi du 5 juillet 2011 a prévu une procédure renforcée pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier, c'est-à-dire admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an⁹¹³, ainsi que pour les personnes ayant fait l'objet d'un tel suivi particulier il y a moins de dix ans. Ainsi, tant que le droit à l'oubli n'est pas arrivé, les informations relatives à certaines prises en charge doivent être conservées. Certains parlent de « casier psychiatrique »⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JO du 3 janvier 1971, p. 67 (art. 1).

⁹¹¹ La sectorisation psychiatrique a été mise en place par la circulaire du 15 mars 1960 et par la loi n° 85-1468 du 25 juillet 1985 relative à la sectorisation psychiatrique (JO du 1^{er} janvier 1986, p. 7). La sectorisation psychiatrique consiste en la division du territoire national en secteurs. « *A chaque secteur sont attribués une équipe multidisciplinaire (médecins, infirmiers, aides-soignants, psychologues, assistants sociaux, secrétaires, etc...) et des institutions de soins à la fois intra et extra-hospitalières. [...] Les missions du secteur sont la prévention, les soins et la post-cure.* ». (Lexique juridique dans : S. TRIBOLET, *Droit et psychiatrie. Guide pratique*, Heures de France, 2011, p. 441)

⁹¹² CSP, art. L. 3211-5.

⁹¹³ CSP, art. R. 3222-9.

⁹¹⁴ V. les observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, p. 3.

Nota : les critiques adressées à l'encontre de ce fichage, a conduit le Sénat à limiter l'information du Préfet aux cas dans lesquels une autre forme que l'hospitalisation compète est envisagée et pour les sorties d'essai (CSP, art. L. 3213-1 al. 2) (Rapport n° 598, de M. Jean-Louis LORRAIN, au nom de la commission des affaires sociales, sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, relatif aux droits

396. La personne soignée pour troubles mentaux dispose également du droit de bénéficier d'une mesure de protection juridique qu'il s'agisse d'une sauvegarde de justice⁹¹⁵ ou d'une tutelle ou d'une curatelle⁹¹⁶. Il convient de relever que dès lors que le médecin constate qu'une personne soignée dans un établissement accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux a besoin d'être protégée dans les actes de la vie civile, il a l'obligation de faire la déclaration auprès du procureur de la République, alors qu'il ne s'agit que d'une simple possibilité si la personne n'est pas soignée dans un tel établissement. Comme cela est développé précédemment, la personne hospitalisée sans son consentement pouvait bénéficier d'un curateur à la personne⁹¹⁷.

397. Par ailleurs, la loi du 4 mars 2002⁹¹⁸ a approfondi ce droit à l'information en adaptant le droit d'accès au dossier médical, reconnu à tout patient. L'article L. 1111-7 du Code de la santé publique prévoit dans son quatrième alinéa qu'à *«titre exceptionnel, dans le cadre d'une admission en soins psychiatriques décidée en application des chapitres II à IV du titre Ier du livre II de la troisième partie du présent code ou ordonnée en application de l'article 706-135 du code de procédure pénale, peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière. En cas de refus du demandeur, la commission départementale des soins psychiatriques est saisie. Son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur»*. Le principe est donc celui de l'accès direct du patient à son dossier médical. La présence d'un médecin lors de la consultation n'est qu'une exception. Le droit à l'information paraît absolu et ce, même si le médecin avait estimé qu'il allait dans l'intérêt du patient d'être tenu dans l'ignorance⁹¹⁹.

et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juin 2011, p. 23).

⁹¹⁵ CSP, art. L. 3211-6.

⁹¹⁶ CSP, art. L. 3211-8.

⁹¹⁷ CSP, art. L. 3211-9 ancien. Voir n° 401.

⁹¹⁸ La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

⁹¹⁹ CSP, art. R. 4127-35 (ancien article 35 du Code de déontologie médicale)

J.-L. CHOPARD, « Hospitalisation à la demande d'un tiers et hospitalisation d'office », La revue du praticien, 2003, 53, n° 3, p. 322.

398. Si les personnes hospitalisées sans leur consentement bénéficient des droits reconnus aux personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, elles bénéficient également des droits spécifiques reconnus aux personnes hospitalisées pour troubles mentaux.

B) Les droits spécifiques aux personnes hospitalisées sans leur consentement

399. L'article L. 3211-3 du Code de la santé publique n'est pas le seul article du chapitre relatif aux droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques à prévoir des dispositions spécifiques aux personnes hospitalisées sans leur consentement.

400. L'article L. 3211-7 du Code de la santé publique prévoit également un droit spécifique aux personnes hospitalisées sans leur consentement. Il s'agit du droit de conserver le domicile qui était le leur avant l'hospitalisation tant que ce domicile reste à leur disposition. Toutefois, ce même article prévoit la possibilité pour les tribunaux d'annuler, selon les circonstances, les significations faites au domicile de la personne hospitalisée.

401. En outre, sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, la personne hospitalisée sans son consentement avait droit, si elle ne bénéficie pas d'une mesure de protection juridique, à un curateur à la personne⁹²⁰. Celui-ci était nommé par un tribunal à la demande de l'intéressé, de son conjoint, de l'un de ses parents ou d'une personne agissant dans l'intérêt du malade, ou à l'initiative du procureur de la République. Le curateur à la personne est chargé de veiller « à ce que les revenus disponibles du malade soient employés à adoucir son sort, à accélérer sa guérison et à favoriser sa réinsertion » et « à ce que ce malade soit rendu au libre exercice de la totalité de ses droits aussitôt que son état le permettra »⁹²¹. Cette personne assurait la protection du patient en garantissant le respect des conditions d'hospitalisation. Il convient de déplorer la faible utilisation en pratique de ce mécanisme de protection⁹²². L'absence de recours au mécanisme du curateur ad hoc et la mise en place d'un dispositif de protection

⁹²⁰ CSP, art. L. 3211-9 ancien.

⁹²¹ Ibid.

⁹²² C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 76.

en matière personnelle par la loi du 5 mars 2007 a conduit à sa disparition lors de la réforme de la loi du 27 juin 1990⁹²³.

402. Le droit à l'aménagement des conditions de traitement sous forme de sorties d'essai était consacré à l'article L. 3211-11 du Code de la santé publique. L'objectif de ces sorties est de favoriser la guérison, la réadaptation ou la réinsertion sociale des personnes hospitalisées sans leur consentement. La loi du 5 juillet 2011 a diversifié les modes de prises en charge du patient. Les sorties d'essai sont englobées dans la forme de soins comportant des soins en ambulatoire⁹²⁴. Formellement, les sorties d'essai d'une durée maximale de trois mois renouvelables ont disparu⁹²⁵. En revanche, la personne hospitalisée sans son consentement a droit à des sorties accompagnées de courtes durées⁹²⁶. La loi du 5 juillet 2011 a facilité ce type de sortie en élargissant le champ des personnes susceptibles d'accompagner la personne malade pendant la sortie de courte durée. La notion d'accompagnant n'est plus limitée aux membres du personnel de l'établissement. Désormais, la personne malade peut être accompagnée par un membre de sa famille ou par la personne de confiance.

403. Enfin, la personne hospitalisée sans son consentement a le droit de saisir le juge des libertés d'une demande de sortie immédiate⁹²⁷. La loi du 5 juillet 2011 précise les personnes habilitées à saisir le juge des libertés et de la détention. Il mentionne notamment de manière explicite la personne avec laquelle la personne hospitalisée est liée par un pacte civil de solidarité et le procureur de la République.

404. La loi du 5 juillet 2011 a créé un droit à un examen collégial de la situation de certaines personnes recevant des soins sans consentement⁹²⁸. La collégialité s'impose en cas

⁹²³ V. motifs projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

Rapport n° 3189 de M. Guy LEFRAND, fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 mars 2011, p. 73.

⁹²⁴ CSP, art. L. 3211-2-1 2.

⁹²⁵ CSP, art. L. 3211-11 ancien

⁹²⁶ CSP, art. L. 3211-11-1.

⁹²⁷ C. santépubl., art. L. 3211-12.

V. les développements sur le contrôle du juge des libertés et de la détention supra n° 196 et s. et infra n° 450.

⁹²⁸ L'article L. 3211-9 du Code de la santé publique prévoit que le « *directeur de l'établissement de santé en charge du patient convoque un collège composé de trois membres appartenant au personnel de l'établissement* » :

de maintien prolongé de la mesure d'hospitalisation à la demande de tiers ou pour péril imminent⁹²⁹, pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier⁹³⁰, lorsque une autre forme de prise en charge que l'hospitalisation complète est envisagée que ce soit lors du choix initial de prise en charge⁹³¹ ou lors d'une modification ultérieure⁹³², et pour mettre fin à l'hospitalisation complète⁹³³. Cette loi a également créé un droit à la modification de la forme de la prise en charge pour l'adapter à l'évolution de l'état de la personne⁹³⁴.

L'affirmation des droits de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement ne serait qu'incantatoire si des garanties n'avaient pas été prévues pour assurer leur effectivité.

Section 2 : Les garanties des droits de la personne majeure faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement

405. Afin d'assurer l'effectivité des droits des personnes hospitalisées sans leur consentement, le législateur a mis en place certaines garanties. Le contrôle des établissements accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux (§ 1) et de la mesure de soins psychiatriques (§ 2) permet de s'assurer du respect des droits des personnes hospitalisées

1° Un psychiatre participant à la prise en charge du patient ;

2° Un psychiatre ne participant pas à la prise en charge du patient ;

3° Un représentant de l'équipe pluridisciplinaire participant à la prise en charge du patient.

Les modalités de désignation des membres et les règles de fonctionnement du collège sont fixées par décret en Conseil d'Etat.»

⁹²⁹ CSP, art. L. 3212-7.

⁹³⁰ Un suivi particulier est prévu pour les personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an.

⁹³¹ CSP, art. L. 3213-1 III.

⁹³² CSP, art. L. 3213-3.

⁹³³ CSP, art. L. 3211-12 II, L. 3212-12-1 II et L. 3213-8.

⁹³⁴ CSP, art. L. 3211-11.

Paragraphe 1 : Le contrôle des établissements par les autorités

406. De nombreuses autorités sont en charge du contrôle des établissements accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux. Le contrôleur des lieux de privation de liberté (I) partage ce rôle avec d'autres autorités (II).

I- Le contrôleur des lieux de privation de liberté

407. Les établissements de santé accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux sont des lieux de privation de liberté puisque les personnes hospitalisées sans consentement ne peuvent en sortir librement.

408. La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants a créé un comité habilité à visiter tout lieu « *où des personnes sont privées de liberté par une autorité publique* »⁹³⁵. La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a créé un Comité contre la torture qui a compétence pour procéder à une enquête comportant une visite⁹³⁶. Le protocole facultatif de cette convention a pour objectif « *l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants, sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* »⁹³⁷. Il impose aux Etats signataires de mettre en place un mécanisme national de prévention, c'est à dire un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹³⁸. Afin de respecter les

⁹³⁵ Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, adoptée par le Conseil de l'Europe le 26 juin 1987 (art. 2).

⁹³⁶ Résolution 39/46 adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 10 décembre 1984, adoptant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁹³⁷ Protocole facultatif adopté le 18 décembre 2002, se rapportant à la Convention de l'Organisation des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 1).

⁹³⁸ Protocole facultatif adopté le 18 décembre 2002, se rapportant à la Convention de l'Organisation des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 2)

préconisations du protocole facultatif⁹³⁹, le législateur français est intervenu pour créer le contrôleur général des lieux de privation de liberté⁹⁴⁰.

409. Le contrôleur général des lieux de privation de liberté, est chargé, comme son nom l'indique, de contrôler les lieux de détention au titre desquels figurent bien évidemment les établissements pénitentiaires, les centres de rétention administrative mais également les centres hospitaliers spécialisés⁹⁴¹. Il s'agit d'une autorité indépendante chargée « *de contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux.* »⁹⁴²

410. L'indépendance du contrôleur général des lieux de privation de liberté est garantie par son statut⁹⁴³. En effet, il ne peut recevoir d'instruction d'aucune autorité⁹⁴⁴, son mandat n'est pas renouvelable⁹⁴⁵ et est incompatible avec l'exercice d'une autre fonction, activité ou mandat électif⁹⁴⁶. En outre son mandat est irrévocable et il bénéficie d'une immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions⁹⁴⁷. Enfin, le contrôleur général des lieux de privation de liberté jouit d'une autonomie de gestion budgétaire dans la mesure où ses dépenses ne sont pas soumises *a priori* au contrôleur des dépenses⁹⁴⁸. Seule la Cour des comptes dispose du pouvoir de contrôle des comptes⁹⁴⁹. Toutefois, l'autonomie de gestion budgétaire est conditionnée par l'attribution « *de moyens adaptés à l'exercice de ses*

⁹³⁹ Exposé des motifs de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Il convient de préciser qu'à la date de promulgation de cette loi, la France avait signé le protocole facultatif mais ne l'avait pas encore ratifié. La ratification par la France du protocole facultatif se rapportant à la Convention de l'Organisation des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est intervenue le 11 novembre 2008 (alors que la signature est intervenue le 16 septembre 2005).

⁹⁴⁰ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté et liens vers les décrets d'application, JO du 31 octobre 2007, p. 17891.

⁹⁴¹ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté et liens vers les décrets d'application, JO du 31 octobre 2007, p. 17891, (art. 8).

⁹⁴² Même loi, art. 1.

⁹⁴³ J.-P. CERRE, *L'institution d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarques sur un accouchement difficile*, AJ Pénal 2007, p. 525 ; M. MOLINER-DUBOST, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, AJDA 2008, p. 84.

⁹⁴⁴ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté et liens vers les décrets d'application, JO du 31 octobre 2007, p. 17891, (art. 1).

⁹⁴⁵ Même loi, art. 2.

⁹⁴⁶ Idem.

⁹⁴⁷ Idem.

⁹⁴⁸ Même loi, art. 13.

⁹⁴⁹ Idem

missions »⁹⁵⁰. Les crédits alloués au contrôleur général des lieux de privation de liberté conditionnent les moyens et notamment le nombre de contrôleurs que l'autorité pourra recruter⁹⁵¹. Le manque de personnel pourrait conduire l'autorité administrative indépendante à ne pas donner suite aux signalements qui lui sont adressés⁹⁵², et ce pour des raisons purement matérielles.

411. Le contrôleur des lieux de privation de liberté peut s'autosaisir, notamment à la suite des signalements effectués par des personnes physiques ou des personnes morales ayant pour objet le respect des droits fondamentaux, ou désormais par la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade⁹⁵³. Mais, il peut également être saisi par différentes autorités : le Premier ministre, les membres du Gouvernement, les membres du Parlement, le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, le président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité et le président de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité⁹⁵⁴. Afin de vérifier la réalité des faits dénoncés, le contrôleur général peut visiter les lieux désignés.

412. Le contrôleur des lieux de privation de liberté peut visiter tout établissement de santé accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux, qu'il s'agisse

⁹⁵⁰ Office parlementaire d'évaluation de la législation, Rapport sur les Autorités administratives indépendantes, présenté par Patrice GELARD, le 15 juin 2006, Documents d'information de l'Assemblée nationale n° 3166 ; Les Rapports du Sénat n° 404, La documentation française, partie III : le renforcement des garanties d'indépendance et le contrôle démocratique.

⁹⁵¹ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, JO du 31 octobre 2007, p. 17891, (art. 4).

M. MOLINER-DUBOST, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, AJDA 2008, p. 84.

⁹⁵² L'article 6 de la loi du 30 octobre 2007 prévoit que « *Toute personne physique, ainsi que toute personne morale s'étant donné pour objet le respect des droits fondamentaux, peuvent porter à la connaissance du contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence.* »

Le contrôleur des lieux de privation de liberté dispose d'un pouvoir d'appréciation et décide librement de l'opportunité de donner suite au signalement. (voir en ce sens : J.-P. CERRE, *L'institution d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarques sur un accouchement difficile*, AJ Pénal 2007, p. 525 ; M. MOLINER-DUBOST, *Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007, AJDA 2008, p. 84.)

⁹⁵³ Cette modalité de saisine a été créée par la réforme du 5 juillet 2011.

⁹⁵⁴ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, JO du 31 octobre 2007, p. 17891, (art. 6).

d'hospitalisation d'office ou d'hospitalisation à la demande de tiers⁹⁵⁵. Seuls des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale, à la sécurité publique, à des catastrophes naturelles ou à des troubles sérieux dans le lieu visité peuvent permettre au directeur de l'établissement de santé de s'opposer à la visite du contrôleur général des lieux de privation de liberté⁹⁵⁶. En revanche, il convient de déplorer que le secret médical puisse être opposé au droit d'accès aux informations et pièces⁹⁵⁷.

413. Les pouvoirs du contrôleur des lieux de privation de liberté sont limités car il ne dispose pas du pouvoir de sanctionner les atteintes constatées. En revanche, s'il constate un manquement grave, il doit saisir les autorités judiciaires ou administratives compétentes pour sanctionner⁹⁵⁸. Il doit également transmettre aux ministres intéressés ses observations sur « *l'état, l'organisation ou le fonctionnement du lieu visité, ainsi que la condition des personnes privées de liberté* »⁹⁵⁹. Il dispose du pouvoir d'émettre des avis, de formuler des recommandations aux autorités publiques et de proposer au pouvoir exécutif de modifier les dispositions législatives et réglementaires applicables⁹⁶⁰.

II- Le contrôle exercé par d'autres autorités

414. Les autorités administratives ou judiciaires sont chargées de contrôler le respect des droits des personnes hospitalisées. Ce contrôle prend deux formes différentes : une information sur l'état des personnes faisant l'objet de soins sans leur consentement et des visites des établissements.

415. Pour ce qui concerne l'information, le directeur de l'établissement et le Préfet ont l'obligation de transmettre certaines informations à d'autres personnes. L'institution, par la

⁹⁵⁵ Même loi, (art. 8).

⁹⁵⁶ Même loi, (art. 8).

⁹⁵⁷ M. MOLINER-DUBOST, « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », AJDA 2008, p. 84.

Nota : dans cet article, Marianne Moliner-Dubost relève que « *les instances internationales (Bureau du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et Comité européen de prévention de la torture notamment) sont favorables à la levée du secret médical* ».

⁹⁵⁸ Loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 instituant un Contrôleur général des lieux de privation de liberté, JO du 31 octobre 2007, p. 17891, (art. 9).

⁹⁵⁹ idem

⁹⁶⁰ Même loi, art. 10.

loi du 5 juillet 2011, d'une période d'observation comprenant divers certificats médicaux, a parallèlement conduit à un renforcement de l'information des autorités. Le directeur de l'établissement est tenu de transmettre les certificats médicaux que la mesure de soins psychiatriques soit prononcée par lui ou décidée par le Préfet.

416. Quel que soit le mode d'admission de la personne en soins psychiatriques, le directeur de l'établissement doit informer le Préfet et la Commission départementale des soins psychiatriques de toute admission et leur communiquer la copie du certificat médical d'admission, le bulletin d'entrée, les certificats médicaux de vingt-quatre et soixante-douze heures⁹⁶¹, le certificat médical (ou avis médical) intervenant entre le cinquième et le huitième jour, ceux précédents les renouvellements de la mesure⁹⁶² et les certificats circonstanciés proposant une modification de la prise en charge⁹⁶³.

417. En outre, parallèlement, à l'institution de l'intervention de plein droit du juge des libertés et de la détention, la loi du 5 juillet 2011 a prévu la transmission à ce dernier du certificat médical (ou avis médical) intervenant entre le cinquième et le huitième jour, de ceux précédents les renouvellements de la mesure⁹⁶⁴ et les certificats circonstanciés proposant une modification de la prise en charge⁹⁶⁵.

418. Dans le cadre d'une mesure de soins à la demande d'un tiers ou pour péril imminent, le directeur de l'établissement doit informer ces deux autorités de toute admission et leur communiquer la copie du certificat médical d'admission, le bulletin d'entrée⁹⁶⁶. Le cas échéant, il transmet l'avis du collègue⁹⁶⁷ et les informe dans les vingt-quatre heures de la fin de la mesure⁹⁶⁸. En outre, le directeur de l'établissement doit également informer le magistrat du parquet. Il convient de relever que la loi du 5 juillet 2011 a circonscrit l'information de cette autorité au début et à la fin de la mesure. Sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, les procureurs de la République (du lieu du domicile de la personne et du lieu de l'établissement de santé dans lequel la personne est prise en charge) devaient

⁹⁶¹ CSP, art. L. 3212-5 et L. 3213-1 I

⁹⁶² CSP, art. L. 3212-7 et L. 3213-3 II.

⁹⁶³ CSP, art. L. 3211-11, L. 3212-7 et L. 3213-3 II.

⁹⁶⁴ CSP, art. L. 3212-7 et L. 3213-3 II.

⁹⁶⁵ CSP, art. L. 3211-11, L. 3212-7 et L. 3213-3 II.

⁹⁶⁶ CSP, art. L. 3212-5

⁹⁶⁷ CSP, art. L. 3212-7.

⁹⁶⁸ CSP, art. L. 3212-8.

recevoir les certificats médicaux de « quinzaine » et mensuels⁹⁶⁹. Cette information a disparu lors de la réforme de 2011. En revanche, la loi du 5 juillet 2011 a créé l'obligation pour le directeur de l'établissement d'informer les procureurs de la République (du lieu du domicile de la personne et du lieu de l'établissement de santé dans lequel la personne est prise en charge) de l'admission d'une personne en soins psychiatrique à la demande d'un tiers, qu'il s'agisse de la procédure de droit commun ou d'urgence, ou pour péril imminent⁹⁷⁰. Cette information doit préciser l'identité, la profession et l'adresse de la personne, et le cas échéant, celles du tiers à l'origine de la demande. Ces procureurs sont également informés dans les vingt-quatre heures de la fin de la mesure⁹⁷¹.

419. Il convient de relever que le directeur d'établissement qui omet d'adresser au Préfet, l'un de ces documents s'expose à des sanctions pénales⁹⁷².

420. Dans le cadre d'une mesure des soins psychiatriques sur décision du Préfet, ce dernier doit informer le procureur de la République du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, le maire du lieu de résidence de la personne malade et celui du lieu de l'établissement, la commission départementale des soins psychiatriques, de toute admission et de toute décision de prise en charge du patient sous une autre forme que celle d'une hospitalisation complète.⁹⁷³

421. Pour ce qui concerne, le contrôle des établissements accueillant des personnes atteintes de troubles mentaux, des visites interviennent de manière régulière et sont réalisées par différentes autorités. Sous l'empire de la loi du 27 juin 1990, l'article L. 3222-4 du Code de la santé publique dispose dans son premier alinéa « *Les établissements mentionnés à l'article L. 3222-1 sont visités sans publicité préalable une fois par semestre par le représentant de l'Etat dans le département ou son représentant, le directeur général de l'agence régionale de santé ou son représentant, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance ou son délégué, le maire de la commune ou son représentant et, au moins une fois par trimestre, par le procureur de la République dans le ressort duquel*

⁹⁶⁹ CSP, art. L. 3212-7 ancien.

⁹⁷⁰ CSP, art. L. 3212-7 II.

⁹⁷¹ CSP, art. L. 3212-8.

⁹⁷² L'article L. 3215-2 du Code de la santé publique prévoyait une peine d'un an d'emprisonnement et de 3750€ d'amende qui a été portée à six mois d'emprisonnement et 7500€ d'amendes par la loi du 5 juillet 2011.

⁹⁷³ CSP, art. L. 3213-9.

est situé l'établissement. » Lors de la réforme de 2011, le législateur a souhaité « *réduire le nombre de personnalités chargées de se rendre dans les établissements spécialisés, afin d'assurer une meilleure effectivité des contrôles empêchée par la dilution des responsabilités* »⁹⁷⁴. Désormais, sont habilités à contrôler les établissements de santé spécialisés, au moins une fois par an, le Préfet, le président du tribunal de grande instance, le procureur de la République et le maire.

422. Ces autorités reçoivent les réclamations des personnes hospitalisées ou de la personne agissant dans son intérêt⁹⁷⁵. Les visites leur permettent donc de rencontrer les personnes hospitalisées et notamment celles qui ont formulé des critiques sur le principe de leur hospitalisation et/ou sur les modalités de son organisation. Afin de vérifier la réalité de la situation dénoncée, les autorités disposent d'un pouvoir d'investigation. Lors de leur visite, les autorités sont tenues de contrôler le registre officiel (ou « livre de la loi ») qui contient les informations relatives aux personnes hospitalisées et leur prise en charge durant l'hospitalisation⁹⁷⁶. Les autorités doivent apposer leur visa, leur signature et le cas échéant, inscrire leurs observations sur le registre.

423. L'absence de publicité des visites constitue une garantie d'efficacité du contrôle. La surprise empêche l'établissement de s'y préparer et donc permet de limiter le risque de dissimulation de certaines pratiques.

⁹⁷⁴ Rapport n° 3189, de M. Guy LEFRAND, p. 39.

⁹⁷⁵ CSP, art. L.3211-3 et L. 3222-4 al. 2.

⁹⁷⁶ L'article L. 3212-11 prévoit que « *Dans chaque établissement est tenu un registre sur lequel sont transcrits dans les vingt-quatre heures :*

1° Les nom, prénoms, profession, âge et domicile des personnes hospitalisées ;

2° La date de l'hospitalisation ;

3° Les nom, prénoms, profession et domicile de la personne ayant demandé l'hospitalisation ;

4° Les certificats médicaux joints à la demande d'admission ;

5° Le cas échéant, la mention de la décision de mise sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice ;

6° Les certificats que le directeur de l'établissement doit adresser aux autorités administratives en application des articles L. 3212-4, L. 3212-7 et L. 3212-8 ;

7° Les dates, durées et modalités des sorties d'essai prévues à l'article L. 3211-11 ;

8° Les levées d'hospitalisation ;

9° Les décès.

Ce registre est soumis aux personnes qui, en application des articles L. 3222-4 et L. 3223-1 visitent l'établissement, ces dernières apposent, à l'issue de la visite, leur visa, leur signature et s'il y a lieu, leurs observations. »

Paragraphe 2 : Le contrôle de la mesure de soins psychiatriques

Le contrôle des mesures de soins psychiatriques est réalisé par la commission départementale des soins psychiatriques (I) et par le juge (II).

I- Le contrôle de la commission départementale des soins psychiatrique

424. Les commissions départementales des hospitalisations psychiatriques ont été créées par la loi du 27 juin 1990 afin d'exercer un contrôle *a posteriori* des conditions des hospitalisations sans consentement. L'idée de mettre en place une telle commission n'est pas nouvelle puisqu'elle a été mentionnée lors de l'élaboration du projet de loi sur les aliénés du 6 janvier 1837⁹⁷⁷. Elle a également été exprimée par Eugène Sue et Clémenceau souhaite la création d'une commission permanente de surveillance⁹⁷⁸. La loi de 1990 s'est inspirée du rapport de François ZAMBROWSKI qui préconisait d'instituer une commission médico-judiciaire composée d'un magistrat, d'un médecin inspecteur de santé et d'un psychiatre assermenté, chargée de visiter les établissements et de contrôler les personnes hospitalisées qu'elles relèvent ou non des placements régis par la loi de 1938 et leurs conditions d'hospitalisations⁹⁷⁹. L'institution adoptée en 1990 est une commission pluridisciplinaire chargée « *d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes.* »⁹⁸⁰

⁹⁷⁷ C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 81.

⁹⁷⁸ M. DEBENE, « Commentaire de la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », *AJDA* 1990, p. 871 ; C. LOISEAU, *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991, p. 81.

⁹⁷⁹ F. ZAMBROWSKI, *Moderniser et diversifier les modes des prises en charge de la psychiatrie française*, Rapport au ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, La documentation française, coll. des rapports officiels, 1986, p. 33.

⁹⁸⁰ CSP, art. L. 3222-5 et L. 3223-1.

425. La loi du 5 juillet 2011 a transformé la commission départementale des hospitalisations psychiatriques en commission départementale des soins psychiatriques et renforcé les contrôles des situations les plus sensibles⁹⁸¹.

426. La commission départementale des soins psychiatriques est composée de deux psychiatres, d'un magistrat, de deux représentants d'associations agréées respectivement de personnes malades et de familles de personnes atteintes de troubles mentaux et d'un médecin généraliste⁹⁸². Cette pluridisciplinarité a été critiquée car dans la pratique elle conduit à renforcer le pouvoir médical au détriment des juristes⁹⁸³, mais maintenue lors de la réforme de 2011. Le Préfet et les magistrats se partagent le pouvoir de nomination des membres de la Commission. En effet, le procureur général près la Cour d'appel nomme un psychiatre, le premier président de la cour d'appel nomme le magistrat et le préfet désigne le deuxième psychiatre, le médecin généraliste et les deux représentants des associations⁹⁸⁴. Afin d'assurer l'indépendance de la commission, les membres de celle-ci ne doivent pas être également membres du conseil de surveillance ou d'une instance habilitée à cet effet⁹⁸⁵ d'un établissement accueillant des malades mentaux situé dans le département concerné⁹⁸⁶. En outre, seul un des deux psychiatres peut exercer dans un établissement accueillant des malades mentaux⁹⁸⁷. Pour garantir l'impartialité de la commission un membre ne peut participer à l'examen de la situation d'une personne qu'il connaît ou pour laquelle il s'est impliqué dans la procédure⁹⁸⁸. Les membres de la commission sont nommés pour une durée

⁹⁸¹ Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, présenté par le ministre de la santé et des sports le 5 mai 2010.

⁹⁸² CSP, art. L. 3223-2.

Nota : Le médecin généraliste et le représentant d'une association agréée de personnes malades ont été ajoutés par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (art. 19-II).

⁹⁸³ Ph. BERNARDET, « Un bilan de la loi du 27 juin 1990 à la lumière de la pratique et de la défense des droits des patients », in sous la dir. C. LOUZON et D. SALAS, *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ed. Erès, 1997, p. 116.

⁹⁸⁴ CSP, art. L. 3223-2.

⁹⁸⁵ L'article 4 de l'ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires ((JO du 25 février 2010, p. 3585) a substitué « conseil de surveillance, ou d'une instance habilitée à cet effet » au conseil d'administration.

⁹⁸⁶ CSP, art. L. 3223-2.

⁹⁸⁷ Idem.

⁹⁸⁸ L'article R. 3223-4 du Code de la santé publique dispose dans son dernier alinéa « *Un membre de la commission ne peut participer à l'examen de la situation d'une personne pour laquelle il a signé une demande*

de trois ans renouvelable⁹⁸⁹ et sont soumis au secret professionnel en dehors du cadre de l'exercice de leur mission⁹⁹⁰.

427. Les nombreuses attributions de la commission départementale des hospitalisations psychiatriques sont prévues par l'article L. 3223-1 du Code de la santé publique. Aux termes de celui-ci, la commission :

428. « 1° Est informée, dans les conditions prévues aux chapitres II et III du titre Ier du présent livre, de toute décision d'admission en soins psychiatriques, de tout renouvellement de cette décision et de toute décision mettant fin à ces soins ;

2° Reçoit les réclamations des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale ou celles de leur conseil et examine leur situation ;

3° Examine, en tant que de besoin, la situation des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale et, obligatoirement, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat :

a) Celle de toutes les personnes dont l'admission a été prononcée en application du 2° du II de l'article L. 3212-1 ;

b) Celle de toutes les personnes dont les soins se prolongent au-delà d'une durée d'un an ;

4° Saisit, en tant que de besoin, le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police, ou le procureur de la République de la situation des personnes qui font l'objet de soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale ;

soins psychiatriques, qui est son parent au quatrième degré inclusivement, qu'il traite ou qu'il a traitée, pour laquelle il a été désigné comme expert ou qu'il a eu à juger. »

⁹⁸⁹ CSP, art. R. 3223-2.

Nota : Avant le décret n°2006-904 du 19 juillet 2006 relatif à la commission départementale des hospitalisations psychiatriques et modifiant le code de la santé publique (JO du 21 juillet 2006, p. 10953), le renouvellement n'était possible qu'une seule fois consécutivement.

⁹⁹⁰ CSP, art. L. 3223-2.

5° Visite les établissements mentionnés à l'article L. 3222-1, vérifie les informations figurant sur le registre prévu à l'article L. 3212-11 et au IV de l'article L. 3213-1 et s'assure que toutes les mentions prescrites par la loi y sont portées ;

6° Adresse, chaque année, son rapport d'activité, dont le contenu est fixé par décret en Conseil d'Etat, au juge des libertés et de la détention compétent dans son ressort, au représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, au préfet de police, au directeur général de l'agence régionale de santé, au procureur de la République et au Contrôleur général des lieux de privation de liberté ;

7° Peut proposer au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe l'établissement d'accueil d'une personne admise en soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale d'ordonner, dans les conditions définies à l'article L. 3211-12 du présent code, la levée de la mesure de soins psychiatriques dont cette personne fait l'objet ;

8° Statue sur les modalités d'accès aux informations mentionnées à l'article L. 1111-7 de toute personne admise en soins psychiatriques en application des chapitres II à IV du titre Ier du présent livre ou de l'article 706-135 du code de procédure pénale. »

429. La loi du 5 juillet 2011 a recentré les compétences de la commission départementales des soins psychiatriques autour des cas les plus délicats. Tel est le cas de l'hospitalisation pour péril imminent en l'absence de demande d'un tiers ou dès lors que les soins sans consentement se prolongent au-delà d'un an, et ce quelle que soit la personne à l'initiative des soins sans consentement⁹⁹¹. En revanche l'obligation d'examen de la situation de la personne hospitalisée à la demande d'un tiers et dont l'hospitalisation excède trois mois est supprimée⁹⁹². Par ailleurs, la loi inscrit dans l'article relatif aux missions des commissions, leur compétence en matière d'accès aux dossiers médicaux. Auparavant, cette compétence figurait uniquement dans l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique. Le bilan sur l'utilisation des procédures d'urgences disparaît⁹⁹³. Cette disparition s'explique par le fait

⁹⁹¹ CSP, art. L. 3223-1 3°.

⁹⁹² CSP, art. L. 3223-1 3° ancien.

⁹⁹³ CSP, art. L. 3221-1 2° ancien.

qu'une certaine banalisation du recours aux procédures d'urgences ait été mise en évidence⁹⁹⁴.

430. Dans l'exercice de ses attributions, la commission départementale des soins psychiatriques dispose d'un droit d'accès à l'ensemble des informations, notamment médicales, concernant la personne hospitalisée. En effet, les personnels des établissements ont l'obligation de répondre aux demandes d'information et de fournir les données médicales⁹⁹⁵. En outre, le dossier médical de la personne hospitalisée est accessible aux médecins membres de la commission⁹⁹⁶. La loi du 5 juillet 2011 a précisé que l'accès aux données médicales était limité aux médecins membre de la commission⁹⁹⁷. Cette modification permet de respecter le secret médical.

431. Comme les autres autorités intervenant dans le champ de l'hospitalisation sans consentement, la Commission départementale des soins psychiatriques est chargée de visiter les établissements accueillant des malades mentaux. Ces visites doivent avoir lieu deux fois par an⁹⁹⁸. Au cours de ces visites, la Commission doit contrôler le « *livre de la loi* ».

432. La commission est dotée d'un pouvoir décisionnel dans la mesure où elle peut requérir la levée de des soins psychiatriques sur demande d'un tiers⁹⁹⁹ et proposer au juge des libertés et de la détention, la levée de la mesure¹⁰⁰⁰.

433. A travers l'étendue de ses missions, la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques apparaît comme un véritable garant de la protection des personnes hospitalisées pour troubles mentaux.

⁹⁹⁴ Ph. BERNARDET, « Un bilan de la loi du 27 juin 1990 à la lumière de la pratique et de la défense des droits des patients », in sous la dir. C. LOUZON et D. SALAS, *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ed. Erès, 1997, p. 102.

⁹⁹⁵ CSP, art. L. 3223-1.

⁹⁹⁶ CSP, art. L. 3223-1 et R. 3223-6.

⁹⁹⁷ CSP, art. L. 3223-1.

⁹⁹⁸ A la différence des autres autorités, il n'est pas précisé que les visites doivent avoir lieu une fois par an. (voir supra n° 414.

⁹⁹⁹ CSP, art. L. 3212-9-1°.

¹⁰⁰⁰ CSP, art. L. 3223-1-7°.

Nota : La loi du 5 juillet 2011 tient compte des interventions législatives précédentes en substituant à la saisine du président du tribunal de grande instance celle du juge des libertés et de la détention.

II- Le contrôle par le juge

434. Le contrôle du juge se fait a posteriori. En effet, la mission des Inspections n'a pas souhaité confier au juge la mission de décider de l'admission en soins psychiatriques sans consentement¹⁰⁰¹. Actuellement, le principe de la dualité juridictionnelle gouverne le contrôle des mesures de soins sans consentement (A). Une attention particulière doit toutefois être portée au contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention (B).

A) La dualité juridictionnelle

435. Il existe en France trois ordres de juridiction : l'ordre constitutionnel, l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Le contentieux de l'hospitalisation sous contrainte est éclaté entre les deux derniers ordres de juridictions. Selon que le recours contentieux porte sur l'annulation des décisions administratives d'admission en soins, sur une demande de sortie immédiate ou sur l'indemnisation du préjudice, la juridiction compétente n'est pas la même.

436. Il convient de présenter la répartition du contentieux des soins psychiatriques sans consentement (1) avant d'observer la remise en cause de la dualité juridictionnelle (2).

1) La répartition juridictionnelle du contentieux des soins psychiatriques sans consentement

437. Le tribunal des conflits a été amené à clarifier la répartition de ce contentieux particulier entre les deux ordres de juridiction. Dans son arrêt du 17 février 1997 cette juridiction paritaire a considéré que *« si l'autorité judiciaire est seule compétente, en vertu des articles L. 333 et suivants du Code de la santé publique, pour apprécier la nécessité d'une mesure de placement d'office en hôpital psychiatrique et les conséquences qui peuvent en résulter, il appartient à la juridiction administrative d'apprécier la régularité de la décision administrative qui ordonne le placement ; que lorsque cette dernière s'est prononcée sur ce point, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur les conséquences dommageables*

¹⁰⁰¹IGAS et IGJS, Proposition de réforme de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, mai 2005, p. 51 et s

de l'ensemble des irrégularités entachant la mesure de placement d'office »¹⁰⁰². Ainsi, le contrôle de la régularité formelle de la décision administrative, qu'il s'agisse de la procédure ou de la motivation, relève de la compétence du juge administratif (a), tandis que le contrôle des conditions de fond et les demandes en réparation relèvent de la compétence du juge judiciaire (b).

a) La compétence du juge administratif

438. Le contrôle formel de l'acte d'admission en soins psychiatriques sans consentement, exercé par le juge administratif porte tant sur la régularité de l'acte que sur sa motivation¹⁰⁰³.

439. Le pouvoir conféré au juge administratif est limité. En effet, celui-ci peut simplement constater l'illégalité externe de l'acte mais ne dispose pas du pouvoir de prononcer la sortie immédiate qui découlerait de l'irrégularité externe de l'acte. Cette limitation de compétence existe tant en matière de référé qu'en matière d'excès de pouvoir.

440. En effet, en matière de référé-liberté¹⁰⁰⁴, même si le juge administratif a le pouvoir de déterminer si les décisions administratives entachées d'irrégularité, portent une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, il n'appartient qu'au juge judiciaire de statuer sur la nécessité de la mesure d'hospitalisation sans consentement¹⁰⁰⁵. De la même manière, lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'annulation de l'acte d'admission, il n'a pas le pouvoir de prononcer la mainlevée de la mesure d'hospitalisation.

441. Toutefois, la Haute juridiction administrative a assoupli sa position en considérant que le juge administratif, après avoir constaté que la décision administrative porte une

¹⁰⁰²T. confl., 17 févr. 1997, n° 3045, Préfet d'Ile-de-France : Juris-Data n° 1997-050042 ; Rec. CE 1997, p. 525 ; Bull. civ. 1997, T. confl., n° 1 ; JCP G 1997, II, 22885, concl. J. SAINTE ROSE ; Dr. adm. 1997, comm. 138, note M. PAILLET ; *Les grandes décisions du droit médical*, p. 420, note J.-Ph. VAUTHIER.

¹⁰⁰³Th. FOSSIER, « Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ? », RDSS 2005, p. 450, note sous CE, 1 avril 2005, *M X...*, n° 264627.

¹⁰⁰⁴CJA, art. L. 521-2.

¹⁰⁰⁵CE, 1^{er} avril 2005, Recueil Lebon p. 134 ; AJDA 2005, p. 1231, note C. LANDAIS et F. LENICA ; RDSS, p. 540, note Th. FOSSIER ; JCP 2005, IV 2141 ; RTD civ. 2005, p. 573, obs. J. HAUSER.

atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale dont la violation est invoquée, peut enjoindre à l'administration de mettre fin à l'hospitalisation d'office¹⁰⁰⁶.

b) La compétence du juge judiciaire

442. Le juge judiciaire est seul compétent pour juger du bien-fondé de la mesure de soins psychiatriques sans consentement. Le juge de la liberté et de la détention a le pouvoir, selon les modalités qui seront précisées dans les prochains développements¹⁰⁰⁷, d'ordonner la mainlevée des mesures d'hospitalisation sous contrainte¹⁰⁰⁸.

2) La remise en question de la dualité juridictionnelle

La dualité juridictionnelle a été remise en question (a), ce qui a conduit le législateur à consacrer la compétence exclusive de la juridiction judiciaire, laquelle ne rentrera en vigueur qu'en 2013 (b).

a) La remise en cause de la dualité juridictionnelle

443. La dualité juridictionnelle du contentieux des soins psychiatriques sans consentement est remise en cause par la doctrine et dans une certaine mesure par la Cour européenne des droits de l'homme.

444. Aux termes de l'article 5-4 de la Convention européenne des droits de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention* ». La Cour européenne des droits de l'homme admet le principe de la dualité juridictionnelle. Dans l'arrêt Delbec¹⁰⁰⁹, elle salue l'impartialité que crée cette répartition des compétences et, dans l'arrêt Baudouin admet « *la complémentarité des recours existants pouvant permettre de contrôler l'ensemble des éléments de la légalité d'un acte, puis aboutir*

¹⁰⁰⁶ CE, 1^{er} avril 2010, *Charles A.*, Requête n° 335753, Recueil Lebon 2011.

¹⁰⁰⁷ Voir infra n° 460.

¹⁰⁰⁸ CSP, art. L. 3211-12 et s.

¹⁰⁰⁹ CEDH, 18 juin 2002, *Delbec c/ France*, Requête n° 43125/98 (§ 35)

à la libération de la personne internée »¹⁰¹⁰. Ainsi la CEDH rappelle qu'en « *garantissant aux personnes arrêtées ou détenues un recours pour contester la régularité de leur privation de liberté, l'article 5 § 4 de la Convention consacre aussi le droit pour elles, à la suite de l'institution d'une telle procédure, d'obtenir à bref délai une décision judiciaire concernant la régularité de leur détention et mettant fin à leur privation de liberté si elle se révèle illégale* »¹⁰¹¹. Toutefois, la complexité de la procédure résultant de la répartition du contentieux empêche fréquemment les juridictions de pouvoir ordonner la sortie immédiate dans des délais raisonnables. Par conséquent, la CEDH a, à de nombreuses reprises, condamné la France pour l'absence de décision dans de brefs délais¹⁰¹².

445. Par ailleurs, une partie de la doctrine déplore cette dualité de juridiction. Thierry FOSSIER critique le dispositif en vigueur qui « *fait collaborer l'autorité administrative et l'autorité judiciaire... et ballotte par conséquent l'usager mécontent, en l'occurrence une personne particulièrement vulnérable, d'un juge à l'autre* »¹⁰¹³. Jean HAUSER considère que « *l'enchevêtrement des compétences, signe d'une inefficacité certaine, ne permet pas de garantir une satisfaction dans un délai raisonnable en cas d'internement abusif* »¹⁰¹⁴.

b) L'unification à venir du contentieux des soins psychiatriques sans consentement

446. La loi du 5 juillet 2011 a prévu une unification du contentieux des soins psychiatriques au profit du juge judiciaire. Le futur article L. 3216-1 du Code de la santé

¹⁰¹⁰ CEDH, 18 novembre 2010, Baudouin c/ France, Requête n° 35935/03, JCP A 2010, act. 897, note N. ALBERT ; JCP 2011, p. 189, note K. GRARABARCZYK ; AJP 2011, n° 3, p. 144, note E. PECHILLON, (§108)

¹⁰¹¹ CEDH, 18 novembre 2010, Baudouin c/ France, Requête n° 35935/03, JCP A 2010, act. 897, note N. ALBERT ; JCP 2011, p. 189, note K. GRARABARCZYK ; AJP 2011, n° 3, p. 144, note E. PECHILLON, (§101) ; CEDH, 14 avril 2011, Patoux c/ France, Requête n° 35079/06, JCP A, 2011, act. 307, Aperçu rapide N. ALBERT ; D. 2011, somm. p. 1137.(§ 71).

¹⁰¹² V. notamment CEDH, 3e sect., 30 janv. 2001, n° 39277/98, Vermeersch c/ France ; CEDH, 18 juin 2002, Delbec c/ France, Requête n° 43125/98 (§ 38) ; CEDH, 27 octobre 2005, Mathieu c/ France, n° 68673/01 (§ 37) ; CEDH, 16 janvier 2007, Menvielle c/ France, Requête n° 97/03 (§30) ; CEDH, 18 novembre 2010, Baudouin c/ France, Requête n° 35935/03 (§110) ; CEDH, 14 avril 2011, Patoux c/ France, Requête n° 35079/06 (§77).

¹⁰¹³ Th. FOSSIER, « Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ? », RDSS 2005, p. 450, note sous CE, 1 avril 2005, M X..., n° 264627.

¹⁰¹⁴ J. HAUSER, « Hospitalisation psychiatrique sans consentement : branle-bas de combat ! », RTD Civ. 2011, p. 101, note sous CE, 24 sept. 2010 ; Cons. const., 26 nov. 2010 ; CEDH, 18 nov. 2010, Baudouin c/ France, n° 35935/03).

publique qui rentrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013¹⁰¹⁵ prévoit que « *La régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire.*

447. *Le juge des libertés et de la détention connaît des contestations mentionnées au premier alinéa du présent article dans le cadre des instances introduites en application des articles L. 3211-12 et L. 3211-12-1. Dans ce cas, l'irrégularité affectant une décision administrative mentionnée au premier alinéa du présent article n'entraîne la mainlevée de la mesure que s'il en est résulté une atteinte aux droits de la personne qui en faisait l'objet.*

448. *Lorsque le tribunal de grande instance statue sur les demandes en réparation des conséquences dommageables résultant pour l'intéressé des décisions administratives mentionnées au premier alinéa, il peut, à cette fin, connaître des irrégularités dont ces dernières seraient entachées. »*

449. Cette unification a été faite à l'initiative de la commission des Lois du Sénat¹⁰¹⁶ et a été adoptée lors des débats du 13 mai 2011. Ainsi, la juridiction judiciaire pourra, immédiatement après avoir constaté l'irrégularité de forme ou de fond de l'admission en soins psychiatriques, prononcer la mainlevée de la mesure.

B) Contrôle par le juge des libertés et de la détention

450. Le juge des libertés et de la détention a été créé par la loi du juin 2000¹⁰¹⁷. Outre sa compétence en matière de détention provisoire¹⁰¹⁸, il s'est vu confier en matière de protection des libertés individuelles, des attributions appartenant au Président du tribunal de grande instance. Il est ainsi amené à statuer sur la prolongation de certaines gardes à vue¹⁰¹⁹, sur des perquisitions¹⁰²⁰, sur la rétention des étrangers¹⁰²¹ mais aussi sur les mesures d'hospitalisation sans consentement¹⁰²².

¹⁰¹⁵ Article 18 de la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

¹⁰¹⁶ Amendement n°34, présenté par M. Jean-René LECERF, au nom de la commission des lois.

¹⁰¹⁷ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO du 16 juin 2000, p. 9038.

¹⁰¹⁸ CPP, art. 145.

¹⁰¹⁹ CPP, art. 706-88-2.

451. S'agissant du contrôle des mesures d'hospitalisation complète sans consentement, il convient de présenter les modalités de saisine du juge (1) avant d'observer les modalités du contrôle (2)

1) Les modalités de la saisine

452. Le contrôle des mesures d'hospitalisation complète sans consentement est exercé soit dans le cadre du contrôle de plein droit (a), soit lors d'un recours individuel (b).

a) Le contrôle de plein droit

453. Suite aux décisions du Conseil constitutionnel des 26 novembre 2010¹⁰²³ et 9 juin 2011¹⁰²⁴, la loi du 5 juillet 2011 a instauré un contrôle automatique par le juge des libertés et de la détention des mesures d'hospitalisation complète sous contrainte¹⁰²⁵.

454. Comme cela a été abordé dans les développements précédents¹⁰²⁶, le juge doit statuer dans le délai de quinze jours suivant l'admission (ou de la transformation de la forme de la prise en charge en hospitalisation complète), puis tous les six mois¹⁰²⁷. L'intervention de quinzaine n'est pas applicable aux personnes faisant l'objet d'une mesure

¹⁰²⁰ CPP, art. 706-89.

¹⁰²¹ CESEDA, art. L. 222-1 et s.

¹⁰²² CSP, art. L. 3211-12.

¹⁰²³ Cons. const., décision n°2010-71, QPC, 26 nov. 2010, JCP A 2010, act. 897, aperçu rapide N. ALBERT ; Dr. famille 2011, comm. 11, obs. I. MARIA ; JCP 2011, p. 189, note K. GRABARCYK ; AJDA 2011. 174, note X. BIOY ; *ibid.* 2010. 2284 ; Constitutions 2011. 108, obs. X. BIOY ; RTD civ. 2011, p. 101, obs. J. HAUSER ; RDSS 2011, p. 304, note O. RENAUDIE.

¹⁰²⁴ Cons. const., décision n° 2011-135/140, QPC, 9 juin 2011, AJDA 2011 p. 1177, obs. S. BRONDEL ; JCP ACT 2011, act. 455, aperçu rapide E. PECHILLON.

¹⁰²⁵ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

¹⁰²⁶ V. supra n° 196.

¹⁰²⁷ CSP, art. L. 3211-12-1 I.

d'hospitalisation prononcée par le juge judiciaire dans le cadre de la procédure d'irresponsabilité pénale pour trouble mental¹⁰²⁸.

455. Le juge est saisi, respectivement selon le mode d'admission en soins psychiatriques, par le directeur de l'établissement ou le Préfet. Préalablement à cette saisine, deux psychiatres, dont un seul participe à la prise en charge du patient, doivent émettre un avis conjoint sur la nécessité de poursuivre l'hospitalisation complète¹⁰²⁹. Cet avis est émis par le collège lorsque le patient fait l'objet d'un suivi particulier¹⁰³⁰, ou a fait l'objet d'un tel suivi depuis moins de dix ans. Cet avis est joint à la saisine ainsi que différentes pièces relatives à l'admission en soins de la personne ou justifiant son maintien¹⁰³¹. L'avis doit donc être établi avant l'expiration du délai de saisine du magistrat¹⁰³².

456. Afin de pouvoir rendre l'ordonnance de quinzaine ou semestrielle dans les délais impartis, le juge doit être saisi trois jours avant l'expiration du délai de quinzaine et huit jours avant les délais semestriels¹⁰³³. Les délais prévus pour statuer sont prolongés d'une durée maximale de quatorze jours, lorsque le juge ordonne des mesures d'expertises¹⁰³⁴. Celles-ci sont obligatoires pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier¹⁰³⁵.

b) Le contrôle lors d'un recours

457. Plusieurs personnes sont habilitées à saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande tendant à la mainlevée de la mesure d'hospitalisation sans consentement. Il s'agit de la personne hospitalisée, du représentant de la personne mineure, du tuteur ou du curateur de la personne faisant l'objet d'une mesure de protection juridique, du conjoint, du concubin ou du partenaire au pacte civil de solidarité, d'un parent ou de toute personne

¹⁰²⁸ CSP, art. L. 3211-12-1 I 3°.

¹⁰²⁹ CSP, art. L. 3211-12-1 II

¹⁰³⁰ Un suivi particulier est prévu pour les personnes admises en soins psychiatriques à la suite d'une déclaration d'irresponsabilité pénale ou ayant séjourné dans une unité pour malades difficiles pendant une durée supérieure à un an.

¹⁰³¹ CSP, art. R. 3211-28 et R. 3211-11 1° à 4°.

¹⁰³² CSP, art. R. 3211-6 al. 2.

¹⁰³³ CSP, art. R. 3211-27.

¹⁰³⁴ CSP, art. L. 3212-1 I

¹⁰³⁵ Ibid.

Voir les développements infra n° 588.

susceptible d'agir dans l'intérêt de la personne faisant l'objet des soins, ou du procureur de la République¹⁰³⁶. Le juge peut également se saisir d'office.

458. Pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier, le juge des libertés et de la détention doit recueillir l'avis du collège avant de statuer sur la demande de mainlevée¹⁰³⁷. Le juge fixe le délai dans lequel le collège doit rendre son avis, celui-ci devant être réduit¹⁰³⁸. Il convient de noter que le directeur de l'établissement n'est pas obligé d'attendre que le juge en fasse la demande pour solliciter l'avis du collège. En effet, celui-ci est tenu de produire différentes pièces, dont l'avis en question, dans un délai de cinq jours à compter de l'enregistrement de la requête¹⁰³⁹.

459. Le juge des libertés et de la détention doit rendre son ordonnance dans un délai de douze jours à compter de l'enregistrement de la requête, ou de vingt-cinq jours lorsqu'une expertise est ordonnée¹⁰⁴⁰.

2) Les modalités du contrôle

460. La requête est enregistrée par le greffe qui la communique aussitôt, sauf si la personne est l'auteur de la requête, le cas échéant au tiers qui a demandé l'admission en soins psychiatriques, au directeur de l'établissement, le cas échéant au Préfet, à la personne hospitalisée, le cas échéant à son tuteur ou son curateur ou, si elle est mineure, à ses représentants légaux, au ministère public¹⁰⁴¹. Le greffe doit informer l'ensemble de ces personnes ainsi que l'auteur de la requête et le cas échéant l'avocat de la personne hospitalisée, de l'avis d'audience lequel doit préciser les informations relatives à celle-ci et

¹⁰³⁶ CSP, art. L. 3211-12 I.

¹⁰³⁷ CSP, art. L. 3211-12 II.

¹⁰³⁸ L'article R. 3211-6 al. 2 du Code de la santé publique fait référence à un délai réduit pour garantir le délai de saisine du juge des libertés et de la détention. La référence à cet événement ne semble pas appropriée dans le cadre du contrôle à l'initiative du tiers. Le délai réduit suppose qu'il soit inférieur au délai de droit commun de cinq jours prévus au premier alinéa de l'article. Au demeurant, l'avis doit être communiqué au juge dans un délai de cinq jours à compter de l'enregistrement de la requête. (R. 3211-11).

¹⁰³⁹ CSP, art. R. 3211-11.

¹⁰⁴⁰ CSP, art. R. 3211-16.

nota : Ces délais ont été prévus par le décret n° 2010-526 du 20 mai 2010 relatif à la procédure de sortie immédiate des personnes hospitalisées sans leur consentement prévue à l'article L. 3211-12 du code de la santé publique, JO du 22 mai 2010, p. 9437.

¹⁰⁴¹ CSP, art. R. 3212-10 et R. 3212-29.

de la possibilité de consulter les pièces du dossier au greffe¹⁰⁴². L'accès aux pièces du dossier doit s'effectuer dans le respect du secret médical¹⁰⁴³.

461. Si le juge l'estime utile au regard de l'avis des psychiatres et de manière obligatoire pour les personnes faisant l'objet d'un suivi particulier, le juge des libertés et de la détention sollicite deux expertises établies par des psychiatres n'exerçant pas dans l'établissement d'accueil et inscrits sur les listes établies par le procureur de la République après avis du directeur général de l'agence régionale de santé ou sur la liste des experts auprès de la cour d'appel¹⁰⁴⁴. Cette ordonnance n'a pas à être précédée d'une audience¹⁰⁴⁵. Le juge doit fixer le délai dans lequel les expertises doivent être produites, celui-ci ne pouvant dépasser dix jours dans le cadre du contrôle de plein droit¹⁰⁴⁶ et quinze jours dans le cadre des recours individuels¹⁰⁴⁷. Assez curieusement, le décret du 18 juin 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques¹⁰⁴⁸, précise que les experts psychiatriques ne sont pas tenus de convoquer les parties ou de susciter leurs observations¹⁰⁴⁹. Cette absence de prise en compte des observations du patient permet certes de gagner du temps mais elle est contraire au principe du contradictoire. Il est vrai que le patient pourra communiquer ses observations sur l'expertise au juge mais il peut sembler regrettable qu'un expert médical ne puisse pas répondre à ces observations. Passé le délai pour produire les expertises, le juge doit statuer immédiatement¹⁰⁵⁰.

462. Le juge entend les personnes ou leur représentant destinataires de l'avis d'audience. Il entend notamment la personne hospitalisée à moins que des raisons médicales y fassent obstacle¹⁰⁵¹. Dans une telle hypothèse, la personne est représentée par un avocat, au besoin commis d'office¹⁰⁵². En outre, la procédure étant contradictoire, chaque partie peut faire connaître ses observations et aura connaissance de celles des autres parties lors de

¹⁰⁴² CSP, art. R. 3212-12 et R. 3212-29.

¹⁰⁴³ *ibid.*

¹⁰⁴⁴ CSP, art. L. 3211-12 II et L. 3211-12-1 III.

¹⁰⁴⁵ CSP, art. L. 3211-12-1 I et R. 3211-13.

¹⁰⁴⁶ CSP, art. R. 3211-30.

¹⁰⁴⁷ CSP, art. R. 3211-13.

¹⁰⁴⁸ Décret n° 2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques, JO du 19 juillet 2011, p. 12371.

¹⁰⁴⁹ CSP, art. R. 3211-13 et R. 3211-30.

¹⁰⁵⁰ CSP, art. L. 3212 II et L. 3211-12-1 I.

¹⁰⁵¹ CSP, art. L. 3212-2-2 al. 2.

¹⁰⁵² CSP, art. L. 3211-12-2 al. 2, R. 3211-15 I et R. 3211-31 al. 3.

l'audience¹⁰⁵³. En outre, même s'il n'est pas partie principale, le ministère public doit faire connaître son avis¹⁰⁵⁴, soit en adressant des conclusions écrites qui sont mises à la disposition des parties, soit oralement lors de l'audience¹⁰⁵⁵.

463. Par ailleurs, le juge des libertés et de la détention statue au tribunal de grande instance, dans une pièce spécialement aménagée dans l'établissement de santé ou au moyen de télécommunication audiovisuelle¹⁰⁵⁶. L'utilisation de la visioconférence est subordonnée à l'absence d'opposition du patient et à un avis médical attestant que l'état mental du patient ne fait pas obstacle à un tel procédé. Lorsque l'avocat préfère se trouver dans la salle du tribunal plutôt que dans celle de l'établissement psychiatrique au côté de son client, il doit pouvoir utiliser la visioconférence de manière confidentielle¹⁰⁵⁷.

464. Le juge des libertés et de la détention peut décider de reporter de vingt-quatre heures les effets de la décision de mainlevée de l'hospitalisation afin qu'un programme de soins puisse être établi¹⁰⁵⁸.

465. La France a à plusieurs reprises été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour une violation de l'article 5, § 4, de la Convention en raison du manque de diligence des autorités judiciaires dans l'examen d'une demande de sortie immédiate. Tel a récemment été le cas dans l'arrêt *Patoux c/ France*¹⁰⁵⁹. Dans cette affaire, le juge des libertés et de la détention avait été saisi par une requête le 3 avril 2006 mais n'a ordonné une expertise que le 27 avril 2006 et rendu sa décision de rejet de sortie immédiate que le 19 mai 2006. Il convient de relever que désormais, les délais dans lesquels le juge doit rendre sa décision sont bien encadrés, et ce qu'il s'agisse du contrôle de plein droit ou du recours individuel. Ceci devrait donc permettre de ne plus être condamné par la Cour de Strasbourg.

¹⁰⁵³ CSP, R. 3211-15 I et R. 3211-31 al. 4.

¹⁰⁵⁴ CSP, R. 3211-15 I et R. 3211-31 al. 5.

¹⁰⁵⁵ CPC, 431.

¹⁰⁵⁶ CSP, art. L. 3211-12-2.

nota : La possibilité offerte au juge de tenir l'audience dans l'établissement psychiatrique a été ajoutée par le Sénat lors du premier examen du projet de loi, lors des débats du 11 mai 2011. (Amendement n°14 rectifié, présenté par M. Lecerf, au nom de la commission des lois).

¹⁰⁵⁷ CSP, art. L. 3211-12-2 in fine.

¹⁰⁵⁸ CSP, art. L. 3211-12 III et L. 3211-12-1 III.

¹⁰⁵⁹ CEDH, 14 avril 2011, *Patoux c/ France*, Requête n° 35079/06, JCP A, 2011, act. 307, Aperçu rapide N. ALBERT ;D. 2011, somm. p. 1137.

466. Par ailleurs, le recours contre les décisions du juge des libertés et de la détention n'est pas en principe suspensif. Toutefois, pour éviter une rupture dans la prise en charge, en cas de risque grave d'atteinte à l'intégrité du malade ou d'autrui, le procureur de la République peut demander au premier président de la cour d'appel de déclarer suspensif le recours contre la décision de mainlevée¹⁰⁶⁰. Dans une telle hypothèse, l'appel doit être fait dans les six heures qui suivent la signification de l'ordonnance à l'auteur de la saisine et le juge statuant sur l'appel suspensif doit rendre sa décision dans les trois jours de la déclaration d'appel. Ce délai est porté à quatorze jours si le juge d'appel ordonne une mesure d'expertise¹⁰⁶¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE

467. La protection de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques est assurée par la reconnaissance de ses droits. La loi du 27 juin 1990 a en effet reconnu un certain nombre de droits inaliénables tels que le droit de communiquer avec les autorités, le droit de recevoir du courrier, de se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix, de saisir certaines autorités... La loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, a renforcé les droits de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques en généralisant l'obligation d'information du patient et surtout en posant l'obligation de rechercher et de tenir compte de l'avis de la personne sur les modalités des soins.

Lorsque la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement est hospitalisée à temps complet elle a, en plus des droits reconnus à l'ensemble des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques, certains droits spécifiques tels que le droit de saisir la commission départementale des soins psychiatriques, le droit de conserver son domicile ou de bénéficier d'un examen collégial dans certaines situations. Le renforcement des droits de la personne hospitalisée sans son consentement est nécessaire car la prise en charge sous la

¹⁰⁶⁰CSP, art. L. 3211-12-4 al. 2 et 3.

¹⁰⁶¹CSP, art.L. 3211-12-4 al. 3 et 4.

forme d'une hospitalisation à temps complet est véritablement attentatoire aux droits et libertés de la personne.

Pour assurer la protection de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques, le législateur ne s'est pas contenté d'affirmer des droits, il a également mis en place des garanties pour assurer leur effectivité. Ainsi différentes autorités sont chargées de contrôler les établissements et/ou les mesures de soins psychiatriques sans consentement. Le juge des libertés et de la détention et la commission départementale des hospitalisations psychiatriques jouent un rôle essentiel.

CONCLUSION DU TITRE 2

468. «*Toutes les sociétés fabriquent leurs exclus. La différence réside dans le sort qui leur est réservé.*»¹⁰⁶² Le législateur français, lors de ses dernières interventions dans les domaines liés aux personnes atteintes de troubles mentaux, a accentué la protection de ses personnes.

Tout d'abord, il a fait disparaître le terme d'« incapable ». Au-delà d'une simple modification sémantique, cette disparition démontre un véritable changement de perspectives, de philosophie. Ce n'est plus la perte de capacité mais le besoin de protection qui est mis en évidence.

469. Ensuite, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a mis en place un véritable régime de protection de la personne en matière personnelle. Ce régime permet de garantir l'autonomie de la personne majeure protégée. Lorsque l'état de la personne le justifie, la protection est assurée par des mécanismes d'assistance ou de représentation.

Enfin, la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge a renforcé la protection de la personne soignée pour trouble mental. La protection de la personne est assurée par la reconnaissance de droits et par la mise en place de garanties. En outre, le juge des libertés et de la détention joue un rôle majeur dans le contrôle des mesures de soins psychiatriques sans consentement.

Ainsi, la personne atteinte de troubles mentaux est protégée tant de manière générale dans l'accomplissement d'acte juridique que de manière spécifique lors de la prise en charge psychiatrique.

¹⁰⁶² X. EMMANUELLI, *Dernier avertissement avant la fin du monde*, cité dans Cl. HAMONET et M. de JOUVENEL, *Handicap, Des mots pour le dire, Des idées pour agir*, Edition Connaissances et savoirs, 2005, p. 25.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

470. Le doyen Carbonnier écrit au moment de la rédaction de la loi du 3 janvier 1968 : *« légiférer sur les fous, pour les fous, n'est-ce pas le pire ? Très vite l'impression doit vous venir qu'on ne peut pas être pour eux sans au fond, d'une certaine manière agir contre eux. Car toute protection des aliénés, en un sens, les aliène, par cela seul qu'elle les suppose étrangers à l'univers raisonnable »*¹⁰⁶³. L'ambivalence entre l'instauration d'une protection et la stigmatisation du caractère vulnérable (pour ne pas dire de la faiblesse) des personnes en bénéficiant est toujours une réalité.

La protection de la dignité de la personne atteinte de trouble mental est garantie par l'encadrement des atteintes qui peuvent être portées à son corps et/ou à sa personne. La dignité de la personne atteinte de trouble mental doit être respectée en toute circonstance, que ce soit au niveau des actes médicaux, des soins psychiatriques sans consentement ou de la mise en œuvre des mesures de protection juridique.

Si le législateur en santé mentale proclame des droits inaliénables, il prévoit également la possibilité de restreindre l'exercice des libertés individuelles dans la limite de ce qui est nécessité par l'état de santé et la mise en œuvre du traitement. Le principe est donc le respect de l'exercice des libertés individuelles et l'exception, les restrictions à cet exercice.

471. Les personnes faisant l'objet de soins sans consentement relèvent d'un régime dérogatoire du droit commun que ce soit au niveau du consentement aux soins ou de l'exercice de leurs libertés individuelles. Cette particularité se justifie par le besoin de soins. Ainsi des dispositions qui paraissent attentatoires aux droits et libertés de la personne sont parfois nécessaires pour assurer la protection de la personne et par conséquent de sa dignité.

En outre, l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles est amenée à contrôler les mesures de soins psychiatriques sans consentement. En effet, la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, a prévu une intervention systématique du juge des libertés et de la détention pour l'ensemble des mesures de soins sans consentement.

¹⁰⁶³ J. CARBONNIER, préface de l'ouvrage *Les majeurs protégés*, par J. MASSIP, tome 1, éd. Répertoire du notariat Défrénois, 1994, p. 19.

Par ailleurs, les mesures de protection juridique permettent de garantir l'autonomie du majeur protégé. Le juge judiciaire ne prévoit des mesures d'assistance ou de représentation que lorsque la situation l'impose. Ces mécanismes limitent la capacité d'exercice de la personne mais sont justifiés par un besoin de protection.

Il est nécessaire d'admettre que le respect de la dignité de la personne justifie des mesures qui sont restrictives de capacité ou de liberté. Ceci s'explique par le fait que la dignité de la personne est envisagée de manière objective.

Le respect de la dignité de la personne atteinte de trouble mental est assuré par la protection de son corps et de sa personne. La protection de la dignité passe également et nécessairement par la prise en compte de la vulnérabilité. La personne atteinte de trouble mental est une personne vulnérable particulière. Le trouble mental ayant des conséquences sur la capacité de vouloir ou de décider de la personne, le respect de la dignité de la personne suppose nécessairement une protection de la volonté de la personne atteinte de trouble mental. Il importe donc de déterminer dans quelle mesure le droit assure une protection de la volonté de la personne.

PARTIE 2 : LA PROTECTION AMBIVALENTE DE LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

472. La problématique de la volonté des personnes atteintes de trouble mental est essentielle car elle se trouve au cœur de l'ensemble du dispositif de protection de la personne. C'est elle qui conduit à la nécessité d'une protection particulière de la personne mais également à l'adaptation ou la création de mécanismes juridiques permettant de pallier aux difficultés découlant des déficiences intellectuelles ou psychiques.

La volonté est définie comme « *la faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels ; pouvoir de faire ou ne pas faire quelque chose* »¹⁰⁶⁴. Les troubles mentaux ont des incidences sur la volonté de la personne que ce soit au niveau de la capacité à comprendre, de la capacité à vouloir, de la capacité à décider ou de la capacité à énoncer.

Ainsi, la volonté joue un rôle majeur en droit. Si Savigny considère que la volonté individuelle est essentielle dans le droit et dans sa création, Jhering relève fort justement, que la personnalité juridique ne suppose pas nécessairement la volonté¹⁰⁶⁵. La personne atteinte de trouble mental est titulaire de droits, sujet de droit, indépendamment de sa volonté. La volonté n'est donc pas, en principe, une condition de l'existence du droit. Cependant, la volonté est généralement essentielle à la mise en œuvre des droits.

473. La protection de la volonté de la personne atteinte de trouble mental peut sembler ambivalente. Cette dernière signifie que la protection peut s'interpréter de plusieurs manières ou se manifester de manière contradictoire. Il existe une certaine ambivalence dans la protection de la volonté de la personne atteinte de trouble mental puisque celle-ci tend à la fois à respecter la volonté de la personne tout en tirant les conséquences de l'absence de volonté. Toutefois, il n'y a pas de contradiction entre les formes de protection puisqu'elles ont vocation, en principe, à s'appliquer de manière alternative, selon qu'une volonté soit ou non concevable.

D'une part, l'autonomie de la volonté est une théorie fondamentale « *selon laquelle la volonté de l'homme (face à celle du législateur) est apte à se donner sa propre loi, d'où*

¹⁰⁶⁴ Dictionnaire de la langue française, Larousse.

¹⁰⁶⁵ P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et devoirs », Arch. philo. dr., 1957, n° 3, p. 22.

*positivement pour l'individu la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public, les bonnes mœurs, celle, en principe d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque »*¹⁰⁶⁶. Même en dehors du champ contractuel, la volonté est un élément essentiel de l'autonomie de la personne. Dans toute la mesure du possible, la volonté de la personne atteinte de trouble mental doit être prise en compte. Ainsi différents mécanismes sont mis en place pour favoriser l'autonomie de la personne atteinte de trouble mental. (Titre 1)

D'autre part, la volonté, en tant qu'aptitude à comprendre la portée d'un acte, suppose le discernement, c'est-à-dire l'aptitude à distinguer le bien et le mal¹⁰⁶⁷. Or, selon le degré de gravité du trouble, les personnes peuvent être privées de discernement. En outre, le trouble mental influe sur le libre arbitre et la faculté d'agir en conscience. Ainsi, la personne atteinte de trouble mental est dépourvue d'imputabilité morale. Cette constatation conduit inévitablement à s'interroger sur les conséquences de l'absence de discernement en matière de responsabilité. En la matière, il existe une véritable ambivalence dans la réponse apportée par le droit (Titre 2).

¹⁰⁶⁶ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

¹⁰⁶⁷ Ibid.

TITRE 1 : LE RESPECT DE L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

474. La notion d'autonomie revêt trois acceptions : l'autonomie d'action, l'autonomie de la volonté et l'autonomie de la pensée¹⁰⁶⁸. L'autonomie d'action suppose une capacité de mobilité de la personne. Le législateur a mis en place différents dispositifs pour garantir l'accessibilité aux personnes handicapées mentales.

L'autonomie de la volonté peut être entendue comme une autolimitation ou comme une souveraineté individuelle¹⁰⁶⁹. Les philosophes des lumières ont présenté l'homme comme une personne dotée de libre arbitre, autonome. L'autonomie est la faculté de pouvoir se déterminer soi-même, de se donner sa propre loi¹⁰⁷⁰.

L'autonomie de la pensée, suppose que la personne soit capable de comprendre les informations qui lui sont délivrées, de réfléchir de manière cohérente et de prendre une décision. La personne doit pouvoir penser par elle-même¹⁰⁷¹.

La question de l'autonomie de la personne atteinte de trouble mental est problématique puisque le trouble peut intervenir sur les trois dimensions de la notion d'autonomie.

475. Le respect de l'autonomie découle du principe du respect de la dignité de la personne. L'exigence du respect est d'autant plus importante qu'il s'agit d'une personne vulnérable. Sur la question de l'alliance de l'autonomie et de la vulnérabilité Paul Ricoeur écrit : « *non contents de s'opposer, les deux termes se composent entre eux : l'autonomie est celle d'un fragile vulnérable. Et la fragilité ne serait que pathologie, si elle n'était pas la fragilité d'un être appelé à devenir autonome parce qu'il est appelé à le devenir en quelque façon* »¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁸ CCNE, avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, p. 23.

¹⁰⁶⁹ Ibid, p. 24.

Voir les développements infra n° 588.

¹⁰⁷⁰ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

¹⁰⁷¹ Kant, *Qu'est-ce que les Lumières ?*

¹⁰⁷² P. RICOEUR, *Autonomie et vulnérabilité*, Le juste 2, éd. Esprit, 2001, p. 86.

D'une certaine façon, les mesures de protection peuvent sembler attentatoires à la personne. En effet, « *toute protection des aliénés, en un sens, les aliène, par cela seul qu'elle les suppose étrangers à l'univers raisonnable. Si bien que, procédant des meilleures intentions, une législation protectrice ne fera qu'ajouter de son métal à cet appareil répressif par lequel les sociétés modernes, avec des hypocrisies variables, rejettent de leur sein ceux qui ont le malheur d'avoir des mécanismes mentaux dissidents* »¹⁰⁷³. Une attention particulière doit donc être portée au respect de l'autonomie de la personne dans les régimes de protection (Chapitre 1). En outre, indépendamment des régimes de protection, des mécanismes ont été mis en place pour assurer ou favoriser l'autonomie de la personne atteinte de trouble mental (Chapitre 2).

¹⁰⁷³ J. Carbonnier, préface à J. Massip, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Répertoire du notariat Defrénois, 1969, reproduite dans *Les majeurs protégés*, chez le même éditeur, 1994, p. 19.

CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L'APTITUDE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL DANS LES MESURES DE PROTECTION

476. Selon Jean Hauser « *gouverner la personne, même avec de bonnes intentions, ne facilite pas forcément son autonomie* »¹⁰⁷⁴.

En vertu du principe du respect de la dignité de la personne humaine, l'autonomie de la personne doit être préservée dans toute la mesure du possible. Toutefois, le respect de la dignité de la personne passe à la fois par le respect de son autonomie mais également par la nécessité d'assurer sa protection. La recherche de cet équilibre entre ces impératifs liés tous deux à la protection de la personne est délicate. Même dans un but de protection, « *restreindre la capacité, c'est toujours diminuer la personnalité, dont la plénitude est en soi une liberté civile* »¹⁰⁷⁵. Le professeur Philippe MALAURIE relève que « *toute protection d'un majeur entraîne nécessairement une limite à sa liberté. La vraie dignité de la personne est de l'accepter telle qu'elle est sans en dissimuler les faiblesses, en la défendant contre elle-même et les tiers* »¹⁰⁷⁶.

Les principes gouvernant le choix de la mesure de protection permettent de garantir le respect de l'autonomie du majeur (Section 1), laquelle est également assurée lors de la mise en œuvre de la mesure (Section 2)

Section 1 : Des principes gouvernant le choix de la mesure respectueux des facultés de la personne

477. La loi du 5 mars 2007 est venue consacrer des principes fondamentaux dégagés par la jurisprudence ou implicitement contenus dans le Code civil. La doctrine s'est interrogée sur l'intérêt de proclamer des principes qui existaient déjà. Certains ont considéré que ce n'était

¹⁰⁷⁴ J. HAUSER, *Réflexion sur la protection de la personne incapable*, in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985, p. 230

¹⁰⁷⁵ J. CARBONNIER, préface à J. Massip, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Répertoire du notariat Defrénois, 1969, reproduite dans *Les majeurs protégés*, chez le même éditeur, 1994, p. 17.

¹⁰⁷⁶ Ph. MALAURIE, « La réforme de la protection juridique des majeurs », LPA 2007 n° 63, p. 5.

pas utile¹⁰⁷⁷, d'autres, ont souhaité une affirmation solennelle¹⁰⁷⁸. Pour donner toute leur efficience à ces principes le législateur a inscrit différents principes généraux, communs aux mesures de protection¹⁰⁷⁹.

478. Les principes communs aux mesures judiciaires de protection juridique sont posés aux articles 428 à 432 du Code civil. Concernant plus particulièrement l'ouverture et donc le choix de la mesure de protection, l'article 428 du Code civil pose les principes de nécessité, de subsidiarité (§ 1), de proportion et d'individualisation de la mesure (§ 2). Il convient de s'intéresser successivement à ces principes. Les deux premiers trouvent des applications particulières dans les autres systèmes de protection instaurés par la loi du 5 mars 2007.

Paragraphe 1 : Les principes de nécessité et de subsidiarité

479. Pour ouvrir ou maintenir une mesure de protection, il faut que celle-ci soit nécessaire en elle-même (I) et en raison de l'absence d'autres moyens permettant d'assurer à la personne une protection suffisante (II).

I- Le principe de nécessité

480. Le principe de nécessité existait déjà sous l'empire de la loi de 1968¹⁰⁸⁰. En effet, l'ouverture d'une mesure de protection était subordonnée à deux conditions cumulatives : l'existence d'une altération des facultés personnelles médicalement établie et l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts¹⁰⁸¹. Dès lors que la personne était en mesure de pourvoir seule à ces intérêts, aucune mesure de protection ne pouvait être envisagée. En outre, les articles précisant les conditions dans lesquelles il y avait lieu d'ouvrir une sauvegarde de

¹⁰⁷⁷ Le professeur Philippe MALAURIE considère que « *les trois principes dominant la protection juridique qui, intellectuellement, sont très stimulants, mais, juridiquement, n'apportent rien de nouveau à ce qui était déjà connu.* » Ph. MALAURIE, « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », Defrénois 2007, art. 38510, p. 13.

¹⁰⁷⁸ Th. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois 2005, n° 1, p. 3.

¹⁰⁷⁹ Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs.

¹⁰⁸⁰ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 264, p. 223 ; O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, n° 40, p. 52.

¹⁰⁸¹ C. civ., art. 488, ancien.

justice¹⁰⁸², une curatelle¹⁰⁸³ ou une tutelle¹⁰⁸⁴ avaient recourt à la notion de besoin. Ainsi, le principe de nécessité existait implicitement. La jurisprudence affirmait clairement que « *la mise sous tutelle prévue par les deux premiers textes exige la constatation par les juges du fond, d'une part, de l'altération des facultés mentales ou corporelles de l'intéressé et, d'autre part, de la nécessité pour celui-ci d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile.* »¹⁰⁸⁵ Le besoin de protection devait également être démontré en matière de curatelle¹⁰⁸⁶. Le critère de nécessité a donc été dégagé par la jurisprudence.

481. Depuis la réforme de 2007, le principe de nécessité est expressément contenu dans le Code civil¹⁰⁸⁷. En effet, l'article 415 de ce Code dispose dans son premier alinéa que « *les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire* ». L'article 415 figurant dans la section relative aux dispositions communes aux majeurs protégés, le principe de nécessité est applicable à l'ensemble des mesures de protection, qu'elles soient juridiques ou sociales.

482. Le législateur de 2007 ne s'est pas contenté de proclamer le principe de nécessité dans les dispositions générales à l'ensemble des mesures de protection, il l'a également affirmé au niveau des règles générales applicables à chaque type de mesures.

483. Pour ce qui concerne les mesures de protection juridique, que celles-ci soient judiciaires ou conventionnelles, l'article 425 du Code civil, qui reprend¹⁰⁸⁸ la condition d'ouverture de la mesure relative à l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. Il convient de souligner que cette nécessité doit être médicalement constatée¹⁰⁸⁹. Le principe de nécessité est également affirmé dans les dispositions propres aux sous-catégories des mesures de protection juridique. En effet, l'article 428 du Code civil, relatif aux mesures

¹⁰⁸² C. civ. , art. 491, ancien.

¹⁰⁸³ C. civ. , art. 508, ancien.

¹⁰⁸⁴ C. civ. , art. 492, ancien.

¹⁰⁸⁵ Cass. civ. . 1^{ère}, 12 mai 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 160, p. 131 ; Rep. Défrénois 1982, art. 32846, n° 10, obs. J. MASSIP - Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 61, p. 44 ; D. 1996, p. 123, note Th. VERHEYDE.

¹⁰⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 1973, Bull. civ. 1993, I, n° 350, p. 312.

¹⁰⁸⁷ M. REBOURG, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », Dr. Famille, mai 2007, étude 16.

¹⁰⁸⁸ Le nouvel article 425 du Code civil constitue une combinaison de certains éléments contenus dans les anciens articles 488 et 490 du même Code.

¹⁰⁸⁹ C. civ., art. 425.

judiciaires de protection juridiques, prévoit que « *la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité* ». L'article 477 du Code civil précise que le mandat de protection future prend effet lorsque la personne n'est plus en état de pourvoir seule à ses intérêts. En outre, il convient de relever que les articles 425 et 428 évoquent la question de l'ouverture d'une mesure de protection comme une possibilité. Elles emploient le verbe pouvoir et non devoir, ce qui laisse penser que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation¹⁰⁹⁰.

484. Pour ce qui concerne les mesures d'accompagnement, le principe de nécessité découle de l'article 495 du Code civil qui subordonne l'ouverture d'une mesure d'accompagnement à l'existence d'un danger pour la santé ou la sécurité de la personne ainsi qu'à l'échec des mesures d'accompagnement social personnalisé¹⁰⁹¹ ; c'est-à-dire, n'ont pas permis à la personne une gestion satisfaisante par celle-ci de ses prestations sociales.

485. Le rappel systématique du principe de nécessité au niveau de chaque type de mesures de protection démontre l'importance de ce principe pour le législateur. Celui-ci aurait très bien pu se contenter de poser le principe dans les dispositions applicables à l'ensemble des mesures de protection.

486. Par ailleurs, le législateur de 2007 a limité les causes d'ouverture d'une mesure de protection juridique. Désormais, la prodigalité, l'oisiveté et l'intempérance ne permettent plus de justifier l'adoption d'une mesure de curatelle¹⁰⁹². Cette disparition permet d'éviter que les mesures de protection juridique soient détournées de leur objectif premier afin de répondre à des difficultés d'ordre social.

¹⁰⁹⁰ Th. VERHEYDE, « Nécessité et subsidiarité des mesures de protection des majeurs », D. 1996, p. 123, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995.

¹⁰⁹¹ Il convient de relever qu'aux termes de l'article L. 167-1 du Code de la sécurité sociale, la tutelle aux prestations sociales peut être ouverte lorsque le bénéficiaire de prestations sociales « *vit dans des conditions d'alimentation, de logement et d'hygiène manifestement défectueuses* ». La réforme de 2007, qui a remplacé la tutelle aux prestations sociales par la mesure d'accompagnement judiciaire, n'a pas repris la même formulation. Cependant, il est possible de penser que l'exigence plus générale d'un danger pour sa santé ou sa sécurité recouvre l'ancienne situation. Voir en ce sens J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 606, p. 503.

¹⁰⁹² L'ancien article 488 du Code civil prévoyait dans son troisième alinéa que « *Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales.* » L'ancien article 508-1 du même code permettait d'ouvrir une mesure de curatelle dans une telle situation.

487. Il existe une indépendance entre la prise en charge médicale de la personne et sa protection juridique même si les dispositions de l'ancien article 490-1 du Code civil n'ont pas été reprises en 2007¹⁰⁹³. L'hospitalisation psychiatrique, même si elle permet d'établir l'altération des facultés mentales, n'entraîne pas automatiquement l'ouverture d'une protection juridique. Le juge doit motiver sa décision sur la question du besoin de protection.

488. La mesure de protection doit être nécessaire au moment de l'ouverture mais également tout au long de son exécution. Afin de garantir l'effectivité du principe de nécessité, la réforme de 2007 a limité dans le temps les mesures de protection. En effet, désormais, la durée des mesures de tutelle et de curatelle ne peut excéder cinq ans¹⁰⁹⁴. Le juge ne peut, en principe, renouveler la mesure que pour une durée maximale de cinq ans¹⁰⁹⁵. Toutefois, pour tenir compte de l'irréversibilité de certaines situations, il est prévu que le juge puisse renouveler la mesure pour une durée plus longue¹⁰⁹⁶. En matière de sauvegarde de justice, la durée de un an, renouvelable une fois, est maintenue¹⁰⁹⁷. La situation du majeur protégé doit donc être analysée régulièrement ; ce qui permet de s'assurer de la persistance du critère de nécessité. Cette exigence de persistance de la nécessité de la mesure est confortée par le fait qu'il est possible à tout moment d'arrêter ou d'adapter la mesure de protection¹⁰⁹⁸. De même, la mesure de protection prend fin automatiquement avec le décès du majeur protégé¹⁰⁹⁹.

489. La mesure de protection n'est nécessaire que pour autant qu'un autre type de protection ne protège pas suffisamment la personne. Il convient donc de s'intéresser au principe de subsidiarité, corollaire du principe de nécessité.

¹⁰⁹³ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2010, n° 1028, p.520 ; O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, n° 40, p. 52.

¹⁰⁹⁴ C. civ., art. 441.

¹⁰⁹⁵ C. civ., art.442 al. 1.

¹⁰⁹⁶ L'article 442 du Code civil dispose dans son deuxième alinéa que : « Toutefois, lorsque l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrite à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, le juge peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme du médecin mentionné à l'article 431, renouveler la mesure pour une durée plus longue qu'il détermine. »

¹⁰⁹⁷ C. civ., art. 439.

¹⁰⁹⁸ C. civ., art. 439 al. 2 et 3 et 442 al. 2.

¹⁰⁹⁹ C. civ., art. 418 et 443.

II- Le principe de subsidiarité

490. Le principe de subsidiarité existait également sous l'empire de la loi de 1968. En effet, une mesure de tutelle ne pouvait être ouverte si l'application des règles du régime matrimonial permettait de pourvoir de manière suffisante aux intérêts de la personne¹¹⁰⁰. La jurisprudence l'affirme très clairement¹¹⁰¹ et *a contrario* considère que le juge qui « *a relevé que l'application du régime matrimonial des époux Y... était insuffisante pour pourvoir aux intérêts de Mme Y... ; (...) a ainsi satisfait aux exigences de l'article 498 du Code civil qui subordonne la mise sous tutelle d'un incapable majeur marié à cette constatation* »¹¹⁰². La règle est transposable en matière de curatelle car l'ancien article 509 du Code civil, renvoyait, en matière d'ouverture de la mesure, aux dispositions relatives à la tutelle. En dépit de cette affirmation de principe, la pratique a révélé qu'en raison de la complexité de mise en œuvre de la protection issue du droit matrimonial¹¹⁰³ et de son éventuelle insuffisance, les juges ont écarté l'application du principe de subsidiarité¹¹⁰⁴.

491. Par ailleurs, dans la mesure de sauvegarde de justice la désignation d'un mandataire spécial était subsidiaire par rapport aux règles du mandat désigné par la personne protégée¹¹⁰⁵ et en l'absence de mandat, aux règles de la gestion d'affaires¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁰ C. civ., art. 498 ancien.

Nota : même si la lettre ne vise que le régime matrimonial, le principe est applicable aux règles découlant du régime primaire. En effet, l'ancien article 498 du Code civil, faisait référence aux articles 217 et 249 qui figurent dans les dispositions relatives aux droits et devoirs des époux.

¹¹⁰¹ La Cour de cassation dans son arrêt du 4 octobre 2005 a jugé qu'il « *n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle ou une curatelle qui devrait être dévolue au conjoint si, par application du régime matrimonial, il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne à protéger.* »

Cass. civ. 1^{ère} 4 octobre 2005, RTD civ. 2006, p. 88, obs. J. HAUSER.

Sur la question de l'application du devoir des dispositions relatives aux droits et devoirs des époux voir : Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 60 ; JCP N 1981, II, p. 155, note P. REMY - Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 333 ; RTD civ. 1982, p. 137, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI ; JCP 1982, II, n° 19808, note PREVAULT, *Defrénois* 1982, p. 423, obs. G. CHAMPENOIS.

¹¹⁰² Cass. 1^{ère} civ. 30 mai 2000, JCP G 2001, II, n° 19529 et JCP N 2001, p. 1862, comm. Th. FOSSIER ; D. 2001, p. 1512, note P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

¹¹⁰³ Parmi les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du régime primaire, il convient de relever celle qui implique une action en justice. Cette difficulté était d'autant plus importante qu'avant le décret du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure familiale, les demandes d'autorisation et d'habilitation relevaient de la compétence du tribunal de grande instance et nécessitaient, par conséquent, la constitution d'un avocat.

¹¹⁰⁴ F. DELBANO, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », D. 1999, p. 408.

¹¹⁰⁵ C. civ., art. 491-3, ancien.

¹¹⁰⁶ C. civ., art. 491-4 et 491-5, ancien.

492. La réforme de la protection juridique des majeurs ne s'est pas contentée de maintenir le principe de subsidiarité tel qu'il existait sous l'empire de la loi de 1968. Elle l'a renforcé pour ce qui concerne la subsidiarité par rapport à d'autres types de protection (A) et l'a développé en l'appliquant au sein même des mesures de protection (B).

493. Il importe dès à présent de relever que les quatre dispositifs cités par l'article 428 du Code civil¹¹⁰⁷ ne sont pas les seuls à faire échec à l'ouverture d'une mesure de protection. En effet, en application du principe de nécessité, dès lors qu'un dispositif permet d'assurer à la personne vulnérable une protection suffisante, il n'y a pas lieu d'ouvrir une mesure de protection. La liste de l'article 428 ne serait donc pas exhaustive. A titre d'exemple, le dispositif de traitement de la situation de surendettement des particuliers et de rétablissement personnel¹¹⁰⁸ peut permettre d'éviter l'ouverture d'une mesure de protection¹¹⁰⁹.

A) La subsidiarité par rapport à d'autres types de protection

494. L'article 428 du Code civil, applicable à l'ensemble des mesures judiciaires de protection juridique dispose dans son premier alinéa que la mesure de protection ne peut être ordonnée que « *lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, (...)* ». Par conséquent, les mesures judiciaires de protection juridique sont subsidiaires par rapport au droit matrimonial et aux règles du droit commun de la représentation.

495. L'article 483 4° du Code civil, permet au juge des tutelles de révoquer un mandat de protection future notamment lorsque « *les règles du droit commun de la représentation ou celle relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et aux régimes matrimoniaux*

¹¹⁰⁷ L'article 428 du Code civil fait référence à quatre dispositifs qui seront détaillés dans les développements suivants : le droit matrimonial, le droit commun de la représentation, une mesure judiciaire de protection juridique moins contraignante et le mandat de protection future.

¹¹⁰⁸ Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine (JO du 2 août 2003, p. 13281) et loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (JO du 2 juillet 2010, p. 12001)

¹¹⁰⁹ O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, n° 41, p. 54.

apparaissent suffisantes pour qu'il soit pourvu aux intérêts de la personne par son conjoint avec qui la communauté de vie n'a pas cessé. »

496. L'article 495 du Code civil, prévoit que la mesure d'accompagnement judiciaire est subsidiaire par rapport au droit matrimonial. En revanche, aucune subsidiarité n'est affirmée pour le droit commun de la représentation. En dépit de ce silence, il est possible de considérer qu'en présence d'une procuration donnée à un tiers pour gérer les prestations sociales, les mesures d'accompagnement social ou judiciaire ne sont pas nécessaires. En effet, dès lors que la gestion des prestations sociales est suffisante, les conditions de mise en œuvre des mesures de protection ne sont pas réunies¹¹¹⁰. Ainsi, de manière indirecte, si le mandat est correctement exécuté, le droit commun de la représentation fait échec aux mesures de protection sociale.

Il convient d'observer que l'ouverture d'une mesure de protection juridique est subsidiaire par rapport aux protections assurées par le droit matrimonial (1) et par le droit commun de la représentation (2).

1) La protection assurée par le droit matrimonial

497. Il n'y a pas lieu d'ouvrir une mesure de protection, qu'il s'agisse de mesures de protection juridique ou de mesures d'accompagnement, si le droit matrimonial permet de pourvoir suffisamment aux intérêts de la personne. Ceci est vrai, qu'il s'agisse du régime primaire ou du régime matrimonial.

498. Le régime primaire est composé des règles applicables à tous les époux, quel que soit le régime matrimonial. L'article 428 du Code civil fait référence aux articles 217 et 219 du même code. Le premier prévoit la possibilité pour un époux d'être autorisé par le juge¹¹¹¹ « à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. » Le conjoint d'une personne souffrant d'une altération de ses

¹¹¹⁰ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 606, p. 503.

¹¹¹¹ L'article 1286 du Code de procédure civile précise, dans son deuxième alinéa, que les demandes d'habilitation et d'autorisation sont portées devant le juge des tutelles. La compétence du juge des tutelles résulte du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure familiale (JO 31 octobre 2004, p. 1849).

facultés mentales peut ainsi être autorisé à passer seul un acte d'administration ou de disposition qui porte sur un bien commun ou indivis¹¹¹². En revanche, cette autorisation judiciaire ne peut porter sur un bien propre que si le propriétaire du bien a besoin du consentement de son époux pour en disposer¹¹¹³. Cette hypothèse peu fréquente, concerne essentiellement le cas du logement familial¹¹¹⁴. Le second, prévoit que «*si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habilitier par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge.*»¹¹¹⁵ A l'inverse de l'autorisation judiciaire, l'habilitation judiciaire permet à l'époux de passer des actes qui portent sur un bien propre, ou personnel, de son conjoint. L'habilitation judiciaire permet une représentation générale, alors que l'autorisation judiciaire ne permet qu'une représentation isolée¹¹¹⁶. En outre, même si le texte ne fait pas de référence expresse à l'article 218 du Code civil, si un époux a donné «*mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue*»¹¹¹⁷, et si ce mandat suffit à pourvoir aux intérêts de la personne, il n'y a pas lieu d'ouvrir une mesure de protection juridique. Cette affirmation s'explique par le fait que l'article 428 du Code civil ne contient pas de liste limitative et par le fait qu'il s'agit d'une application particulière des règles du droit commun de la représentation qui sont prioritaires par rapport aux régimes de protection¹¹¹⁸.

499. Certaines dispositions propres aux régimes matrimoniaux permettent d'organiser la gestion des biens entre époux. Dans le régime matrimonial légal, l'un des époux peut se faire

¹¹¹² Il importe de relever que dans le régime légal, l'article 1421 du Code civil permet à chacun des époux d'administrer et de disposer des biens communs sauf pour les actes les plus graves (C. civ., art. 1424). Ainsi, l'époux n'a pas besoin d'être autorisé en justice pour gérer seul la plupart des biens communs.

¹¹¹³ J.-F. SAGAUT, « Empêchement ou impéritie des époux : les solutions du droit des régimes matrimoniaux », AJ Famille 2003, p. 124.

Il convient de relever que le recours à l'article 217 pour être autorisé à vendre le logement familial n'est utilisé que lorsque l'époux demandeur est le propriétaire du bien immobilier. L'article 217 ne permet pas d'effectuer un acte de disposition sur un bien propre du majeur hors d'état de manifester sa volonté. (Voir en ce sens : A. DELFOSSE et N. BAILLON-WIRTZ, *La réforme du droit des majeurs protégés : Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, Avant-propos B. REYNIS, préf. J.-P. FERRET, Litec, Collection pratique notariale, 2009, n° 86, p. 31 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2001, n° 125 et 143, p. 116 et 132.

¹¹¹⁴ C. civ., art. 215.

¹¹¹⁵ C. civ., art. 219 al. 1.

¹¹¹⁶ A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 61 et s., p. 37.

¹¹¹⁷ C. civ., art. 218.

¹¹¹⁸ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 267, p. 226.

habiliter en justice ou demander le dessaisissement des droits d'administration et de jouissance de son conjoint. En effet, en matière de bien commun, l'article 1426 du Code civil permet « *si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'incapacité ou la fraude* », à l'autre conjoint de lui être substitué. Cette autorisation judiciaire entraîne un véritable transfert de pouvoir. En outre, l'article 1429 du Code civil permet au conjoint d'une personne qui « *se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant déperir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire* », de demander le dessaisissement de ses droits d'administration et de jouissance sur ses biens propres. Il importe de relever que la mise en œuvre du régime matrimonial légal a pour avantage d'entraîner un dessaisissement de pouvoir de l'époux vulnérable ; alors que la mise en œuvre de la protection assurée dans le régime primaire ne le permet pas¹¹¹⁹. Les demandes fondées sur les dispositions relatives au régime matrimonial relèvent de la compétence du Tribunal de grande instance¹¹²⁰.

2) La protection assurée par le droit commun de la représentation

500. La subsidiarité des mesures de protection existaient sous l'empire de la loi de 1968 pour la sauvegarde de justice¹¹²¹. La réforme de 2007 a étendu cette subsidiarité à l'ensemble des mesures de protection juridique. Cependant, il convient de préciser que le principe de subsidiarité s'applique avec moins de force en matière de sauvegarde de justice. En effet, la révocation d'un mandat par le juge n'est qu'une possibilité, et non une obligation¹¹²². Le mandat de gérer les biens du majeur protégé peut continuer à produire effet durant la sauvegarde de justice.

¹¹¹⁹ L'habilitation judiciaire à représenter l'autre époux, prononcée en application de l'article 219 du Code civil, ne dessaisit pas la personne vulnérable de ses pouvoirs.

N. COUZIGOU-SUHAS et Y. LE LEVIER, « Les habilitations judiciaires entre époux : une figure libre d'assistance à la personne vulnérable à promouvoir », AJ Famille 2006, p. 198 ; A. DELFOSSE et N. BAILLON-WIRTZ, *La réforme du droit des majeurs protégés : Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, Avant-propos B. REYNIS, préf. J.-P. FERRET, Litec, Collection pratique notariale, 2009, n° 94, p. 32 ; J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 267, p. 227.

¹¹²⁰ C.P.C., art.1286 al. 1.

¹¹²¹ C. civ., art.491-3, ancien.

¹¹²² C. civ., art. 435.

501. Lorsque l'article 428 du Code civil vise le droit commun de la représentation, il fait référence principalement au mandat¹¹²³. Le mandat ou la procuration est un contrat par lequel « *une personne (le mandant) donne à une autre (le mandataire) le pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte des actes juridiques.* »¹¹²⁴ Le mandat peut être général ou spécial¹¹²⁵. Il est nécessaire que le mandat soit exprès pour que le mandataire puisse réaliser des actes de disposition¹¹²⁶. Si une personne a confié à un tiers la mission de gérer ses biens, il est inutile d'ouvrir une mesure de protection. Par exemple, une procuration sur les comptes bancaires peut être suffisante pour une personne qui n'a pas de patrimoine important. En présence d'un mandat, une mesure de protection ne sera ouverte que si le mandat ne permet pas une protection suffisante du mandant.

502. Si la notion de droit commun de la représentation recouvre celle de mandat, il convient de se demander si elle se limite à elle. Dans les régimes d'incapacité, l'administrateur légal ou le tuteur représente le mineur ou le majeur protégé. En outre, comme cela a été vu précédemment, un époux peut être autorisé par le juge à représenter son conjoint. Il existe donc des mécanismes qui permettent une représentation indépendamment du mandat. Il s'agit de représentation d'origine judiciaire. Dans la mesure où le législateur parle successivement de droit commun de la représentation et des règles relatives aux droits et devoirs des époux, il semble qu'il distingue ces deux notions. Par conséquent, la représentation de l'époux autorisée judiciairement ne relèverait pas du droit commun de la représentation. La notion de droit commun de la représentation se limiterait donc au mandat. Le législateur a très certainement préféré utiliser la notion de droit commun de la représentation pour éviter d'opposer mandat de droit commun et mandat de protection future.

503. Par ailleurs, il est possible de se demander si le principe de subsidiarité a vocation à s'appliquer en présence d'un gérant d'affaires. La gestion d'affaires est un quasi-contrat régi

¹¹²³ Les motifs du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs précisent que la notion de droit commun de la représentation vise notamment les procurations.

¹¹²⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 530, p. 283.

L'article 1984 du Code civil définit le mandat ou la procuration comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

¹¹²⁵ C. civ., art. 1987.

¹¹²⁶ C. civ., art. 1988.

par les articles 1372 et suivants du Code civil. Il s'agit de la situation dans laquelle « *une personne accomplit un acte ou une série d'actes dans l'intérêt d'une autre, sans en avoir été chargée* »¹¹²⁷. Si une personne de l'entourage du majeur vulnérable, prend l'initiative d'accomplir des actes dans l'intérêt du majeur, se trouve dans une situation voisine de celle du mandataire¹¹²⁸. Dès lors que la gestion a été utile et opportune, le proche, le gérant d'affaires pourra être indemnisé des dépenses utiles ou nécessaires¹¹²⁹ qu'il aura faites pour la personne vulnérable. Il y a représentation lorsque le gérant d'affaires a agi au nom du maître de l'affaire¹¹³⁰. La gestion d'affaires pourrait donc dans certains cas relever du droit commun de la représentation et, par conséquent faire jouer le principe de subsidiarité. Le gérant a l'obligation de continuer la gestion qu'il a commencée¹¹³¹. Par conséquent, s'il prend l'initiative de surveiller les comptes bancaires du majeur, il devra poursuivre sa gestion jusqu'à ce que la personne soit de nouveau à même de le faire elle-même ou qu'une autre personne soit désignée par le juge. Toutefois, la gestion d'affaire peut se limiter à la gestion d'un bien ou d'une situation particulière relative à un bien. La protection assurée par ce mécanisme se révélera donc généralement insuffisante pour assurer la protection du majeur.

B) La subsidiarité entre les mesures de protection

504. La loi de 2007 a développé le principe de subsidiarité en prévoyant sa mise en œuvre au niveau des mesures de protection. Ainsi il existe une incompatibilité entre les mesures d'accompagnement et les mesures de protection juridique (1) et une subsidiarité entre les mesures de protection juridique (2).

¹¹²⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, tome 2 : Le fait juridique*, Sirey, 13^{ème} éd., 2009, n° 3, p. 7.

¹¹²⁸ C. civ., art. 1372 al. 2.

¹¹²⁹ C. civ., art. 1375.

¹¹³⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, tome 2 : Le fait juridique*, Sirey, 13^{ème} éd., 2009, n° 9, p. 13 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 1032 et s., p. 567.

Le second ouvrage distingue représentation parfaite et représentation imparfaite.

¹¹³¹ C. civ., art. 1372 et 1373.

1) L'incompatibilité entre les mesures d'accompagnement et les mesures de protection juridique

505. Sous l'empire de la loi de 1968, parallèlement à la protection juridique de la personne existait la tutelle aux prestations sociales¹¹³². Une mesure de protection juridique pouvait coexister avec une tutelle aux prestations familiales¹¹³³. La loi du 5 mars 2007 a remplacé la tutelle aux prestations sociales par la mesure d'accompagnement judiciaire¹¹³⁴.

506. Lors de la réforme de la protection juridique des majeurs, le législateur a opéré une véritable scission entre la protection juridique et l'accompagnement du majeur sur un plan social. Il ne voulait pas que les mesures de protection juridique soient un « *palliatif des insuffisances des dispositifs sociaux* »¹¹³⁵.

507. Pour ce qui concerne la mesure d'accompagnement judiciaire, l'article 495-1 du Code civil prévoit dans son premier alinéa qu'elle « *ne peut être prononcée si la personne bénéficie d'une mesure de protection juridique.* » Ainsi, la mesure d'accompagnement judiciaire est subsidiaire (ou incompatible) avec une sauvegarde de justice, une curatelle, une tutelle ou un mandat de protection future. L'article 495-1 du Code civil prévoit également que « *le prononcé d'une mesure de protection juridique met fin de plein droit à la mesure d'accompagnement judiciaire* ». Les deux types de protection sont donc désormais incompatibles.

¹¹³² La tutelle aux prestations sociales a été créée par la loi n° 66-774 du 18 octobre 1966 relative à la tutelle aux prestations sociales, (JO du 19 octobre 1966, p. 9219) et régie par les articles L. 167-1 et s. et R. 167-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

¹¹³³ L'article L. 167-2 du Code de la sécurité sociale imposait au juge des tutelles, lors de l'ouverture d'une tutelle, de décider s'il y a lieu ou non de maintenir une tutelle aux prestations sociales.

Pour une coexistence entre une tutelle et une tutelle aux prestations sociales voir : Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993 : Bull. civ. I, n° 38, p. 24 ; Defrénois 1993, p. 1004, obs. J. MASSIP, JCP 1994, II, 22319, note Th. FOSSIER.

Pour la coexistence entre tutelle aux prestations sociales et une curatelle voir : Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, Bull. civ. I, n° 156, p. 103 ; Defrénois 1989, art. 34574, n° 90, obs. J. MASSIP ; JCP N. 1989, II, p. 313, JCP 1990, II 21467, note Th. FOSSIER ; D. 1989, p. 493, note J. MASSIP ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, Bull. civ. I, n° 138, p. 100 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1998, Defrénois 1999, p. 313, obs. J. MASSIP ; Dr. Famille 1998, n° 177, note B. BEIGNIER.

¹¹³⁴ C. civ., art. 495 et s.

¹¹³⁵ Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs.

508. Pour ce qui concerne la mesure d'accompagnement social personnalisé¹¹³⁶, il convient de relever qu'aucune subsidiarité n'est expressément prévue avec les mesures de protection juridique. Cependant, s'agissant d'un contrat, la personne doit avoir la capacité de contracter¹¹³⁷. Cette mesure administrative est donc incompatible avec une tutelle ou une curatelle.

509. Si certains auteurs emploient le terme de subsidiarité pour qualifier le rapport qu'entretiennent les mesures de protection juridique avec les mesures d'accompagnement¹¹³⁸, d'autres ont relevé qu'il n'existait pas une subsidiarité mais une incompatibilité¹¹³⁹. Il importe donc de savoir s'il s'agit d'une subsidiarité¹¹⁴⁰ ou d'une incompatibilité, étant précisé que la subsidiarité emporte l'incompatibilité. D'un côté, l'article 428 du Code civil, ne prévoit pas de manière expresse que la mesure judiciaire de protection juridique est subsidiaire par rapport à la mesure d'accompagnement. Toutefois, dès lors que la mesure d'accompagnement sera suffisante pour assurer la protection de la personne, l'ouverture d'une mesure de protection juridique ne sera pas nécessaire. De manière indirecte, il existerait une subsidiarité entre les deux types de mesures. La mesure de protection juridique serait subsidiaire par rapport à la mesure d'accompagnement. D'un autre côté, l'article 495-1 du Code civil prévoit qu'il est impossible d'ouvrir une mesure d'accompagnement judiciaire, si le majeur bénéficie d'une mesure de protection juridique. La mesure d'accompagnement ne peut être ouverte qu'à défaut d'une mesure de protection

¹¹³⁶ CASF, art. L. 271-1 et s.

¹¹³⁷ C. civ., art. 1108, 1123 et 1124.

¹¹³⁸ Th. FOSSIER, *Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux*, in « Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007 », actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1277. Le professeur Philippe MALAURIE relève que « le principe de subsidiarité a même pris un autre sens, rendant incompatibles les protections juridiques (judiciaires et conventionnelles) avec les nouvelles mesures d'assistance sociale » (Ph. MALAURIE, *Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, Defrénois 2007, art. 38510, p. 13.) ;

¹¹³⁹ Dans un ouvrage collectif est écrit : « on observera en revanche que les dispositifs à cause médicale ne sont pas subsidiaires par rapport aux dispositifs à cause sociale : les difficultés ne sont pas les mêmes. Les deux types de mesures sont cependant incompatibles. » (A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 18, p. 11.)

¹¹⁴⁰ Selon le dictionnaire de vocabulaire juridique, l'incompatibilité est l'« impossibilité légale de cumuler, soit certaines fonctions publiques, soit certains mandats électifs, soit une fonction publique ou un mandat électif avec certaines occupations ou situations privées, soit même deux activités privées ». Le terme subsidiaire signifie « qui a vocation à venir en second lieu (à titre de remède, de garantie, de suppléance, de consolidation), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut ». (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige)

juridique. La mesure d'accompagnement judiciaire serait donc subsidiaire par rapport aux mesures de protection juridique. En présence d'une subsidiarité réciproque, seule la notion d'incompatibilité trouve à s'appliquer.

2) La subsidiarité au sein des catégories des mesures de protection

510. Pour ce qui concerne les mesures de protection juridique, le législateur de 2007 a créé plusieurs applications du principe de subsidiarité. L'article 428 du Code civil, qui prévoit la subsidiarité des mesures judiciaires de protection juridique par rapport aux règles du droit matrimonial et du droit commun de la représentation, indique également que de telles mesures ne peuvent être ordonnées que « *lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne (...) par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé.* » Par conséquent la mesure judiciaire de protection juridique est subsidiaire par rapport au mandat de protection future.

511. En outre, le principe de subsidiarité s'applique au sein même des mesures judiciaires de protection juridique. Le principe selon lequel il n'y pas lieu d'ouvrir une mesure judiciaire de protection juridique si une autre mesure moins contraignante permet une protection suffisante se décline pour chaque mesures. En effet, l'article 440 du Code civil prévoit que « *la curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante* » et que « *la tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante.* » Cette déclinaison du principe peut paraître inutile mais démontre l'importance que le législateur attache au principe de subsidiarité. Il existe une hiérarchie entre les mesures judiciaires de protection juridique. Dans un ordre de contrainte croissante pour la personne se trouvent la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle¹¹⁴¹.

¹¹⁴¹ Il convient de relever que cette hiérarchie existait déjà sous l'empire de la loi de 1968.

512. Pour ce qui concerne les mesures d'accompagnement, la mesure d'accompagnement judiciaire est subsidiaire par rapport à la mesure d'accompagnement social personnalisé puisque la première mesure ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de la seconde¹¹⁴².

Paragraphe 2 : Les principes de proportionnalité et d'individualisation

513. La loi du 5 mars 2007 a repris les principes de nécessité et de subsidiarité. Elle les a développés et renforcés, notamment en créant deux nouveaux principes : le principe de proportionnalité (I) et le principe d'individualisation (II). Ces principes sont contenus par l'article 428 du Code civil, applicable aux mesures judiciaires de protection juridique lequel dispose dans son dernier alinéa « *La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé.* »

I- Le principe de proportionnalité

514. Il existe trois mesures judiciaires de protection juridique : la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. Chacune répond à un besoin particulier. Au besoin de protection juridique temporaire ou de représentation pour l'accomplissement de certains actes déterminés, répond la sauvegarde de justice¹¹⁴³. Au besoin de conseil et de contrôle d'une manière continue, répond la curatelle¹¹⁴⁴. Au besoin de représentation, répond la tutelle¹¹⁴⁵. Il convient de relever que l'audition quasi systématique¹¹⁴⁶ du majeur protégé permet au juge de mieux évaluer les besoins et la situation de l'intéressé¹¹⁴⁷.

¹¹⁴² C. civ., art. 495 et CASF, art. L. 271-6.

¹¹⁴³ C. civ., art. 433.

¹¹⁴⁴ C. civ., art. 440 al. 1.

¹¹⁴⁵ C. civ., art. 440 al. 3.

¹¹⁴⁶ L'article 432 du Code civil, par exception prévoit que le juge peut « *par décision spécialement motivée et sur avis du médecin mentionné à l'article 431, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de l'intéressé si celle-ci est de nature à porter atteinte à sa santé ou s'il est hors d'état d'exprimer sa volonté.* »

¹¹⁴⁷ M. REBOURG, « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », Dr. Famille, mai 2007, étude 16.

515. La hiérarchie entre les trois mesures judiciaires de protection juridique est fondée sur le critère de la contrainte pour la personne protégée. A la différence des deux autres mesures de protection, la sauvegarde de justice n'empêche pas l'incapacité de la personne protégée. Dans la mesure où elle n'implique pas une représentation de la personne, la curatelle est moins contraignante que la tutelle.

516. Le principe de proportionnalité impose au juge de choisir la mesure la plus adaptée à l'état de la personne et à ses besoins. Le principe de subsidiarité de la mesure judiciaire la plus contraignante et ses déclinaisons sont des conséquences du principe de proportionnalité. En application des principes de proportionnalité et de subsidiarité, il n'y a pas lieu d'ouvrir une curatelle si une sauvegarde de justice offre une protection suffisante. Il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle si une curatelle offre une protection suffisante.

517. En vertu du principe de proportionnalité, et de nécessité, la réforme de 2007 a supprimé la prodigalité, l'oisiveté et l'intempérance des causes d'ouverture d'une mesure de curatelle¹¹⁴⁸. L'instauration d'une incapacité d'exercice semble disproportionnée pour répondre à des problèmes d'ordre social.

518. L'effectivité du principe de proportionnalité est assurée par la limitation de la durée de la mesure de protection¹¹⁴⁹. Elle l'est également par la possibilité pour le juge de mettre fin à la mesure, de la modifier ou de lui substituer une autre mesure¹¹⁵⁰. Le renouvellement de l'étude par le juge du dossier permet de veiller à ce que la mesure reste en adéquation avec les besoins de la personne. Afin de ne pas priver inutilement les personnes de leur liberté d'agir, le juge doit vérifier *« si l'évolution de l'état de santé de la personne ou l'implication plus importante de son entourage dans sa prise en charge ne justifie pas une modification, une adaptation ou une mainlevée de la mesure prise »*¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁸ L'ancien article 488 du Code civil prévoyait dans son troisième alinéa que *« Peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales. »* L'ancien article 508-1 du même code permettait d'ouvrir une mesure de curatelle dans une telle situation.

¹¹⁴⁹ C. civ., art. 439, 441 et 442.

¹¹⁵⁰ C. civ., art. 442 al. 3.

¹¹⁵¹ Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs.

II- *Le principe d'individualisation*

519. Le Doyen CARBONNIER écrit « *Souplesse, individualisation, les qualités d'un traitement médical seraient-elles déplacées dans un traitement juridique ? Pour mieux dire, il fallait en arriver à une législation où à chaque malade sa dose de capacité pût être prescrite sur ordonnance du médecin ? Car la psychiatrie moderne insiste sur cette espérance : une participation aux actes juridiques peut avoir des vertus de psychothérapie.* »¹¹⁵² Sous l'empire de la loi de 1968 certaines dispositions permettaient une individualisation de la mesure. En effet, le majeur sous tutelle pouvait se voir reconnaître la capacité de faire certains actes seul ou avec l'assistance de son tuteur¹¹⁵³. En outre, il existait des régimes de curatelle allégée ou renforcée¹¹⁵⁴.

520. Le législateur de 2007 a souhaité proclamer en tant que principe général, le principe de proportionnalité de la mesure qui existait implicitement. L'application par le juge de ce principe permet d'atteindre l'objectif fixé par le législateur, à savoir favoriser l'autonomie de la personne¹¹⁵⁵. Comme l'indique le professeur Annick BATTEUR, la loi de 2007 « *apporte une réelle souplesse de l'application des régimes en organisant une véritable protection à la carte* »¹¹⁵⁶. Le juge dispose de plusieurs outils pour individualiser la mesure que ce soit au niveau du champ d'application de la protection, du nombre de protecteurs ou de l'étendue des pouvoirs du majeur.

521. S'agissant du champ d'application de la protection, si le droit commun de la protection prévoit une protection de la personne et des biens du majeur, le juge peut limiter à l'une de ces deux missions le rôle du protecteur du majeur¹¹⁵⁷.

¹¹⁵² J. CARBONNIER, préface J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, Répertoire du notariat Defrénois, 1969, reproduite dans *Les majeurs protégés*, chez le même éditeur, 1994, p. 16.

¹¹⁵³ C. civ., art. 501 ancien.

¹¹⁵⁴ C. civ., art. 511 et 512 ancien.

¹¹⁵⁵ C. civ., art. 415.

¹¹⁵⁶ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2010, n° 1084, p. 546.

¹¹⁵⁷ C. civ., art. 425.

Il convient de relever que l'article 1219 du Code de procédure civile précise que le certificat médical joint à la demande d'ouverture d'une mesure judiciaire de protection, doit préciser « *les conséquences de cette altération sur la nécessité d'une assistance ou d'une représentation du majeur dans les actes de la vie civile, tant patrimoniaux qu'à caractère personnel, ainsi que sur l'exercice de son droit de vote.* »

522. S'agissant du nombre de protecteurs, le juge peut le moduler en fonction des besoins et des intérêts de la personne. Tout d'abord, le juge peut diviser la mesure de curatelle ou de tutelle entre une personne chargée de la protection de la personne et une autre chargée de la protection du patrimoine¹¹⁵⁸. Ensuite, le juge peut désigner un curateur ou un tuteur adjoint pour gérer certains biens¹¹⁵⁹. En outre, s'il l'estime utile, le juge peut désigner un subrogé curateur (ou tuteur) pour contrôler les actes passés par le curateur ou le tuteur, être consulté pour les actes graves et se substituer au curateur ou au tuteur lorsque les intérêts de la personne protégée sont opposés à ceux du protecteur¹¹⁶⁰. En l'absence de subrogé curateur (ou tuteur), un curateur (ou tuteur) *ad hoc* peut être désigné pour accomplir les actes pour lesquels le curateur (ou tuteur) se trouve en opposition avec les intérêts du majeur¹¹⁶¹. Enfin, si le besoin de protection de la personne ou la composition de son patrimoine le justifie, le juge peut organiser une tutelle avec Conseil de famille¹¹⁶².

523. S'agissant de l'étendue des pouvoirs du majeur, le juge peut restreindre les pouvoirs du majeur sous sauvegarde de justice en désignant un mandataire spécial pour accomplir un ou plusieurs actes déterminés¹¹⁶³. Il convient de souligner que depuis la réforme, le mandataire spécial peut accomplir des actes de dispositions¹¹⁶⁴. Le juge peut réduire ou étendre la capacité dont dispose le majeur sous curatelle pour accomplir seul un acte¹¹⁶⁵. De la même manière, il peut prévoir que le majeur sous tutelle aura la capacité d'accomplir certains actes seul ou avec l'assistance du tuteur¹¹⁶⁶, ce qu'il ne pourrait pas faire en application des règles gouvernant la tutelle.

¹¹⁵⁸ C. civ., art. 447 al. 3.

¹¹⁵⁹ Idem.

¹¹⁶⁰ C. civ., art. 454.

¹¹⁶¹ C. civ., art. 455.

¹¹⁶² C. civ., art. 456.

¹¹⁶³ C. civ., art. 437.

¹¹⁶⁴ C. civ., art. 447 al. 2.

L'ancien article 491-5 du Code civil excluait les actes de disposition de la compétence du mandataire spécial. Cette modification a été souhaitée pour éviter d'ouvrir une curatelle ou une tutelle pour l'accomplissement d'un acte particulier. Les motifs du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs visent en particulier deux actes de disposition : la participation au partage d'une succession et la vente d'un bien immobilier.

¹¹⁶⁵ C. civ., art. 471.

¹¹⁶⁶ C. civ., art. 473 al. 2.

524. Par ailleurs, il revient au juge de fixer la durée de la mesure¹¹⁶⁷. Le législateur a fixé une durée maximale mais a laissé la possibilité au juge d'adapter la durée à chaque situation.

Si le respect des facultés de la personne atteinte de trouble mental est assuré, comme cela vient d'être démontré, au niveau du choix de la mesure, il l'est également lors de la mise en œuvre de celle-ci.

Section 2 : Le respect des facultés de la personne dans la mise en œuvre des mesures de protection

525. Le principe de la capacité du majeur est affirmé par l'article 414 du Code civil¹¹⁶⁸. Par exception, si l'état de la personne ou sa situation le rend nécessaire, le majeur peut faire l'objet d'une mesure de protection¹¹⁶⁹. Au niveau de la mise en œuvre de la mesure de protection, la capacité du majeur semble être respectée que ce soit en matière patrimoniale (§ 1) ou extrapatrimoniale (§ 2).

Paragraphe 1 : La capacité du majeur en matière patrimoniale

526. Comme cela a été indiqué dans la présentation des principes de subsidiarité et de proportionnalité, il existe une gradation entre les mesures de protection fondée sur le besoin de protection et le degré corrélatif de contrainte pour la personne. L'instauration d'une mesure de protection ne rend pas automatiquement la personne incapable (I). Seules deux mesures de protection entraînent une incapacité d'exercice : la tutelle et la curatelle (II).

¹¹⁶⁷ C. civ., art. 441.

¹¹⁶⁸ Le principe de la capacité découle également de l'article 8 du Code civil.

¹¹⁶⁹ C. civ., art. 415.

I- La capacité du majeur sous sauvegarde de justice, mandat de protection future ou bénéficiant d'une mesure d'accompagnement judiciaire

527. Le majeur sous sauvegarde de justice conserve sa capacité juridique. En principe, il conserve l'exercice de ses droits. Ce n'est que si un mandataire spécial a été désigné, qu'il perd sa capacité d'exercice et que les actes qu'il a passés sont nuls¹¹⁷⁰. En l'absence de mandat, la personne sous sauvegarde de justice peut gérer son patrimoine en totale liberté. Elle dispose de plusieurs actions judiciaires qui lui permettent de revenir sur les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés dont elle viendrait à douter de l'utilité ou de l'opportunité. Outre l'action en nullité pour insanité d'esprit¹¹⁷¹, la personne sous sauvegarde de justice peut agir en rescision pour lésion ou en réduction pour excès¹¹⁷².

528. La mise en œuvre d'un mandat de protection future ne prive pas le mandant de sa capacité¹¹⁷³. Toutefois, il ne peut, sans accomplir certaines formalités¹¹⁷⁴, révoquer le mandat pendant son exécution. Le mandant et le mandataire peuvent tous les deux agir. Par conséquent, le fait que l'acte passé par le mandant entre dans le champ de compétence du mandataire n'entraîne pas de manière automatique sa nullité. Le majeur protégé dispose des mêmes actions que la personne sous sauvegarde de justice : action en nullité pour insanité d'esprit, en rescision pour lésion ou réduction pour excès¹¹⁷⁵.

529. La mise en œuvre d'une mesure d'accompagnement judiciaire ne prive pas le bénéficiaire des prestations sociales de sa capacité¹¹⁷⁶. Ce principe est expressément affirmé par le Code civil. Le bénéficiaire de la mesure, peut donc continuer à exercer l'ensemble de ses droits. La seule limite qui existe à ce principe de capacité est la perception et l'utilisation

¹¹⁷⁰C. civ., art. 435.

¹¹⁷¹C. civ., art. 414-1.

¹¹⁷²C. civ., art. 435 al. 2.

¹¹⁷³J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 563, p. 469.

¹¹⁷⁴Le majeur protégé peut mettre fin à l'exécution du mandat de protection future en produisant un certificat médical attestant qu'il peut pourvoir seul à ses intérêts, ou en demandant la révocation au juge des tutelles. (C. civ., art. 483.)

¹¹⁷⁵C. civ., art. 488.

¹¹⁷⁶C. civ., art. 495-3.

des prestations sociales objets de la mesure¹¹⁷⁷. Il n'y a pas de gestion concurrente. Seul le mandataire à la protection des majeurs a le pouvoir de percevoir et d'utiliser les prestations en cause. Toutefois, il doit tenir compte de l'avis du bénéficiaire de la mesure et, dans le cadre de l'action éducative doit vraisemblablement associer la personne à la gestion¹¹⁷⁸.

II- La capacité du majeur sous curatelle ou tutelle

530. Les mesures de curatelle et tutelle emportent incapacité de la personne protégée. Dans le cadre de cette incapacité, le Code civil organise une répartition des compétences entre la personne chargée de la protection et le majeur protégé. Le majeur frappé d'incapacité, conserve une sorte de capacité résiduelle lui permettant d'accomplir seul certains actes. Il convient de présenter les règles générales de cette répartition des compétences, laquelle peut être aménagée par le juge des tutelles¹¹⁷⁹.

531. Le majeur sous curatelle n'est frappé que d'une incapacité partielle. Il peut accomplir seul¹¹⁸⁰ les actes conservatoires¹¹⁸¹ et d'administration¹¹⁸². La personne sous curatelle peut librement tester¹¹⁸³. Ces actes accomplis seul par le majeur sous curatelle peuvent faire l'objet d'action en nullité pour insanité d'esprit, en rescision pour lésion ou réduction pour excès¹¹⁸⁴. En revanche, pour l'accomplissement des actes de dispositions¹¹⁸⁵, le majeur sous

¹¹⁷⁷ C. civ., art. 495-3 et 495-7.

¹¹⁷⁸ C. civ., art. 495-7.

¹¹⁷⁹ C. civ., art. 471 et 473.

¹¹⁸⁰ C. civ., art. 467 et 504.

¹¹⁸¹ Selon le dictionnaire de vocabulaire juridique, l'acte conservatoire est l'« *acte qui tend à éviter la perte d'un bien* (ou à sauvegarder un droit)*. » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige)

¹¹⁸² Selon le dictionnaire de vocabulaire juridique, l'acte d'administration est l'« *opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle du patrimoine*. » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige)

¹¹⁸³ C. civ., art. 470 al. 1.

¹¹⁸⁴ C. civ., art. 465 1°.

Ces actions sont exercées par le majeur sous curatelle assisté du curateur ou par le curateur seul, s'il a été autorisé par le juge des tutelles.

Nota : avant la réforme de 2007, le majeur pouvait agir seul. (C. civ., art. 510-3 ancien renvoyant à 491-2 ancien)

¹¹⁸⁵ Selon le dictionnaire de vocabulaire juridique, l'acte de disposition est l'« *opération grave qui entame ou engage un patrimoine pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance*. » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige)

curatelle doit être assisté du curateur¹¹⁸⁶. Il doit l'être également pour conclure un contrat de fiducie, faire emploi de ses capitaux, agir en justice¹¹⁸⁷, faire une donation¹¹⁸⁸. Si le curateur refuse son assistance à un acte pour lequel son concours est requis, le majeur en curatelle peut demander au juge l'autorisation de l'accomplir seul¹¹⁸⁹. En outre, l'acte passé par le majeur sous curatelle seul, alors qu'il aurait dû être assisté, ne peut être annulé que s'il est établi que la personne protégée a subi un préjudice¹¹⁹⁰. Par ailleurs, la capacité du majeur en curatelle est réduite lorsque le juge décide d'ouvrir une curatelle renforcée. Dans une telle hypothèse, le majeur est représenté par son curateur au niveau de la perception des revenus et des règlements des dépenses auprès des tiers¹¹⁹¹. Si le majeur agit seul, l'acte est nul de plein droit¹¹⁹².

532. Le majeur sous tutelle est frappé d'une incapacité générale. Il ne conserve qu'une capacité résiduelle en matière d'actes usuels¹¹⁹³. Traditionnellement, la jurisprudence considère que le majeur protégé peut valablement accomplir certains actes de la vie courante pouvant être regardés comme autorisés par l'usage¹¹⁹⁴. Ainsi, l'usage autorise le majeur en tutelle à accomplir seul les actes de la vie courante. La notion d'actes courants regroupe les actes conservatoires, des actes d'administration voire de disposition¹¹⁹⁵ et est variable selon les individus¹¹⁹⁶. Ces actes usuels accomplis par le majeur en tutelle peuvent

¹¹⁸⁶ C. civ., art. 467 et 505.

¹¹⁸⁷ C. civ., art. 468.

¹¹⁸⁸ C. civ., art. 470 al. 2.

¹¹⁸⁹ C. civ., art. 469 al. 3.

¹¹⁹⁰ C. civ., art. 465 2°.

L'action est exercée par le majeur sous curatelle assisté du curateur ou par le curateur seul, s'il a été autorisé par le juge des tutelles.

Nota : avant la réforme de 2007, le majeur pouvait agir seul. (C. civ., art. 510-1)

¹¹⁹¹ C. civ., art. 472.

¹¹⁹² C. civ., art. 465 3°.

¹¹⁹³ C. civ., art. 467 et 473.

¹¹⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1980, Bull. civ. 1, 1981, n° 172 ; Defrénois 1981, art. 325599, note J. MASSIP.

Pour une éventuelle application plus récente voir : Cass. 1^{ère} civ., 19 octobre 2004, Bull. civ. I, n° 227 ; D. 2006, Pan. 1575, obs. J.-J. LEMOULAND et J.-M. PLAZY ; Defrénois 2005, p. 444, obs. J. MASSIP ; AJ fam. 2005. 25, obs. L. ATTUEL-MENDES ; Dr. fam. 2005, n° 89, note P. MURAT ; RJPF 2005-2/12, note F.-J. PANCIER ; RTD civ. 2005, p. 103, obs. J. HAUSER.

¹¹⁹⁵ A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 440, p. 198.

¹¹⁹⁶ La jurisprudence qualifie l'acte de la vie courante dès lors que trois critères sont réunis : proportionnalité de l'acte par rapport au patrimoine du majeur, conformité aux habitudes du majeur et à celles de sa famille, et conformité de l'acte à l'état du majeur protégé. V. Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface P. GOHET, ESF, 4^{ème} éd., 2008, fiche 27, p. 222.

faire l'objet d'annulation, rescision pour lésion ou réduction pour excès¹¹⁹⁷. En outre, la personne sous tutelle peut tester seule, dès lors que l'acte a été autorisé par le juge des tutelles, ou le conseil de famille s'il a été institué¹¹⁹⁸. Elle peut également révoquer seule son testament, et ce sans qu'il y ait besoin d'une autorisation¹¹⁹⁹. En revanche, le majeur sous tutelle ne peut accomplir les autres actes, qu'il s'agisse d'actes d'administration¹²⁰⁰ ou de disposition¹²⁰¹. Il ne peut les accomplir ni seul, ni même avec l'assistance du tuteur. Il est représenté par son tuteur. Si le majeur accomplit seul ces actes, ils sont nuls de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un préjudice¹²⁰². Le majeur sous tutelle ne peut faire de donation seul. Il doit être assisté, voire représenté par le tuteur, ainsi qu'être autorisé à accomplir l'acte par le juge des tutelles, ou le conseil de famille s'il a été institué¹²⁰³.

Paragraphe 2 : La capacité du majeur en matière personnelle

533. Comme cela a été développé précédemment, le législateur de 2007 a institué, en matière de protection personnelle, un droit commun aux mesures de protection juridique¹²⁰⁴. Dans ce droit commun, la personne protégée a une compétence de principe pour les décisions relatives à sa personne (I) et dispose d'une compétence exclusive pour les actes à caractère strictement personnel (II).

I- La compétence de principe pour les décisions relatives à sa personne

534. Le principe d'autonomie du majeur en matière personnelle est clairement affirmé par l'article 459 du Code civil. En principe, la personne protégée prend seule les décisions

¹¹⁹⁷ C. civ., art. 465 al. 1.

¹¹⁹⁸ C. civ., art. 476 al. 2.

¹¹⁹⁹ C. civ., art. 476 al. 3.

¹²⁰⁰ C. civ., art. 473, 474 et 504.

¹²⁰¹ C. civ., art. 473, 474 et 505.

¹²⁰² C. civ., art. 465 3°.

¹²⁰³ C. civ., art. 476 al. 1.

¹²⁰⁴ Rappel : de manière formelle, le droit commun de la protection personnelle est inscrit dans les dispositions relatives aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne mais, par le jeu du renvoi opéré par les articles 438 (sauvegarde de justice) et 479 (mandat de protection juridique) du Code civil, il concerne l'ensemble des mesures de protection juridique.

relatives à sa personne. Ce n'est que si son état ne lui permet pas de prendre ce type de décision, que le majeur protégé perdra tout ou partie de sa capacité.

535. Le fait que la personne bénéficie d'un régime de protection juridique ne la prive pas automatiquement de son pouvoir de décision en matière personnelle. Cependant, dans la mesure où la personne chargée de la protection a l'obligation en matière personnelle de dispenser d'une manière adaptée à la personne protégée toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part¹²⁰⁵, le majeur protégé n'est pas totalement seul dans sa prise de décision. Il reçoit l'assistance de la personne chargée de la protection au niveau de sa réflexion. En revanche, l'acte décisionnel appartient en propre à la personne protégée.

536. La vulnérabilité des personnes bénéficiant des mesures de protection juridique constitue une limite au principe d'autonomie. En instituant un droit commun de la protection en matière personnelle, le législateur a tenu compte de cette vulnérabilité. Il a prévu les règles encadrant la prise de décision dans l'hypothèse où la personne protégée n'est pas en état de le faire elle-même. Par exception au principe d'autonomie, le majeur protégé pourra au niveau de l'acte décisionnel, recevoir l'assistance voire la représentation de la personne chargée de sa protection. L'article 459 du Code civil prévoit dans son deuxième alinéa que « *lorsque l'état de la personne protégée ne lui permet pas de prendre seule une décision personnelle éclairée, le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué peut prévoir qu'elle bénéficiera, pour l'ensemble des actes relatifs à sa personne ou ceux d'entre eux qu'il énumère, de l'assistance de la personne chargée de sa protection. Au cas où cette assistance ne suffirait pas, il peut, le cas échéant après l'ouverture d'une mesure de tutelle, autoriser le tuteur à représenter l'intéressé.* » Par conséquent, la perte d'autonomie suppose une décision expresse du juge des tutelles ou du Conseil de famille. En l'absence de mention spéciale, la personne protégée est la seule à pouvoir décider¹²⁰⁶. Il convient également de souligner que le champ de la perte de liberté décisionnelle peut être limité à certains actes ou s'étendre à l'ensemble des décisions relatives à la personne. Les mesures de protection

¹²⁰⁵ C. civ., art. 457-1.

¹²⁰⁶ Th. VERHEYDE, « La protection de la personne du majeur protégé », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 19.

devant favoriser, dans la mesure du possible l'autonomie de la personne¹²⁰⁷, le juge des tutelles (ou le conseil de famille s'il a été institué) doit limiter le champ d'application de l'assistance à la personne protégée. En outre, la possibilité de recourir à la représentation de la personne n'apparaît qu'à titre subsidiaire et n'est envisageable que si une mesure de tutelle est ouverte¹²⁰⁸.

537. Par ailleurs, le fait que la personne chargée de la protection de la personne se soit vu confier une mission de protection en matière personnelle, n'implique pas qu'elle ait tout pouvoir en la matière. En effet, le troisième alinéa de l'article 459 du Code civil dispose que *« toutefois, sauf urgence, la personne chargée de la protection du majeur ne peut, sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée ou à l'intimité de sa vie privée. »*¹²⁰⁹. Il convient de préciser que ce texte n'a vocation à s'appliquer que lorsque la personne chargée de la protection a une mission d'assistance ou de représentation en matière personnelle. En effet, l'expression « toutefois » permet d'affirmer que l'alinéa 3 constitue une limite au principe posé dans l'alinéa précédent¹²¹⁰. Par conséquent, l'autorisation du juge (ou du conseil de famille s'il a été institué) ne s'impose que lorsque la personne chargée de la protection s'est vu confier une mission d'assistance ou de représentation en matière personnelle¹²¹¹. En l'absence de protection particulière en matière personnelle, c'est au majeur qu'il appartient de prendre seul les

¹²⁰⁷ C. civ., art. 415.

¹²⁰⁸ C. civ., art. 459 al. 2.

¹²⁰⁹ C. civ., art. 459 al. 3.

¹²¹⁰ La Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO du 13 mai 2009, p. 7920, art. 116) a interverti les alinéas 3 et 4 de l'article 459 du Code civil. Cette inversion permet d'établir que l'alinéa 3 est une limite à l'alinéa précédent.

Nota : cette intervention a été souhaitée par Thierry FOSSIER. (Th. FOSSIER, « La protection de la personne, un droit flexible », Dr. Famille, mai 2007, étude 17.)

¹²¹¹ Voir cependant l'argumentation du Tribunal de Nice qui considère *« qu'en tout état de cause, l'examen envisagé (une coloscopie) ne saurait être considéré comme un acte portant gravement atteinte à l'intégrité corporelle de la personne protégée et ne nécessite donc pas l'autorisation du juge des tutelles même dans l'hypothèse où une mesure de protection à la personne serait mise en place. »* (TGI Nice 4 février 2009, D. 2009, p. 1397, note Th. VERHEYDE.) Cette juridiction n'a pas motivé sa décision excluant la nécessité d'une autorisation judiciaire, en retenant simplement qu'aucune mesure de protection en matière personnelle n'avait été prévue mais en constatant qu'il ne s'agissait pas d'un acte grave. La solution retenue pourrait laisser penser que même en l'absence de mission particulière, la personne chargée de la protection pourrait être judiciairement autorisée à prendre une décision grave. Cependant, il convient de relever que l'autorisation judiciaire équivaut à ouvrir une mesure de protection en matière personnelle. Ainsi, l'éventuelle ouverture du champ de l'autorisation judiciaire en matière médicale n'en est pas vraiment une.

Nota : cette jurisprudence est antérieure à la loi du 12 mai 2009.

décisions relatives à sa personne même si elles ont pour effet de porter gravement atteinte à son intégrité corporelle ou à l'intimité de sa vie privée¹²¹².

Le troisième alinéa de l'article 459 du Code civil suscite principalement deux difficultés au niveau de la détermination de son champ d'application. En effet, le texte vise la personne assurant la protection du majeur, sans faire de distinction. Il aurait donc, *a priori*, vocation à s'appliquer à la fois au curateur et au tuteur dès lors qu'une mission d'assistance ou de représentation leur aurait été confiée. Toutefois, dans la mesure où la personne chargée de la protection doit « prendre » la décision, il est possible de se demander si la portée du texte n'est pas limitée au tuteur qui s'est vu confier une mesure de représentation¹²¹³. Cette interprétation pourrait également se justifier par le fait qu'en matière d'assistance pour que l'acte grave se produise, le majeur protégé et la personne assurant la protection doivent être toutes les deux d'accord, le juge intervenant en cas de désaccord. Mais le fait que le régime de l'assistance soit exclu du champ d'application du texte, prive le majeur protégé d'une protection supplémentaire qui est fort légitime en matière personnelle. En outre, lorsque le législateur a rédigé le texte, il visait à la fois le curateur et le tuteur¹²¹⁴. Il convient donc d'accorder au texte toute sa portée.

La seconde difficulté posée par le texte est la détermination des actes graves. A partir de quand peut-on considérer qu'une décision qui porte atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée, le fait gravement ? Il reviendra au juge d'apporter une réponse à cette question. Le juge est seul dans cette appréciation car la loi du 12 mai 2009¹²¹⁵ a supprimé la référence au décret en Conseil d'état qui devait fixer la liste des actes graves pour lesquels les tuteurs institutionnels doivent être autorisés par le juge. En outre, il est

¹²¹²O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, n° 123, p. 120.

¹²¹³A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 633, p. 275 ; Th. VERHEYDE, « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note sous TI Nice, 4 février 2009, D. 2009, p. 1399 ; F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RDSS 2009, p. 875.

¹²¹⁴Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs et la circulaire DACS n° CIV/01/09/C1 du 9 févr. 2009 relative à l'application de la réforme du droit de la protection juridique des mineurs et des majeurs, BO du ministère de la justice, p. 26.

¹²¹⁵La Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO du 13 mai 2009, p. 7920 (art. 116).

Cette loi a supprimé la référence dans l'article 459-1 du Code civil, au décret pris en Conseil d'Etat listant les actes graves et ajouté la notion d'acte pour lequel le Code de la santé publique prévoit l'intervention du juge.

évident que les actes médicaux sont des actes portant atteinte à l'intégrité corporelle¹²¹⁶. Par conséquent le problème de l'articulation entre les dispositions du Code civil et celles du Code de la santé publique va se poser. En effet, les dispositions du Code de la santé publique ne prévoient pas d'autorisation judiciaire. Là encore il reviendra au juge de statuer¹²¹⁷.

538. Enfin, en dépit du principe d'autonomie, mais afin de protéger le majeur vulnérable, la personne chargée de la protection, peut, pour mettre fin au danger que le majeur protégé fait courir à lui-même, prendre toutes les mesures strictement nécessaires¹²¹⁸. *A contrario*, la personne chargée de la protection du majeur n'a pas le pouvoir d'agir pour le danger que le majeur fait courir aux tiers. Il convient de souligner le fait qu'à l'inverse de ce qui est prévu pour les actes graves, aucune autorisation judiciaire n'est prévue. La personne chargée de la protection doit simplement informer le juge des tutelles (ou le conseil de famille s'il a été constitué). La lecture de ce dernier alinéa conduit à faire plusieurs observations. Certains auteurs pensent que, contrairement à ce que pourrait laisser penser la lettre du texte, cette intervention de la personne chargée de la protection est obligatoire, et non pas simplement facultative¹²¹⁹. D'autres se posent la question de l'utilité de cette disposition dans la mesure où le Code de la santé publique¹²²⁰ et le Code pénal¹²²¹ permettent à la personne chargée de la protection d'agir en cas de danger¹²²². En outre, la question se pose de savoir si une mission d'assistance ou de représentation doit avoir été décidée pour que la personne chargée de la protection puisse agir¹²²³. La formulation du

¹²¹⁶ Le tribunal d'instance de Nice dans son jugement 4 février 2009 (D. 2009, p. 1397, note Th. VERHEYDE), a considéré que la coloscopie n'était pas un acte portant gravement atteinte à l'intégrité de la personne.

¹²¹⁷ De plus amples développements sont consacrés à l'articulation entre les dispositions du Code civil et celles du Code de la santé publique supra n° 69 et s.

¹²¹⁸ C. civ., art. 459 al. 4.

¹²¹⁹ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 429, p. 357 ; A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 634, p. 276.

Jacques MASSIP justifie sa position en estimant que les actes accomplis en cas de danger sont « *comme des actes conservatoires indispensables à la protection de la personne* », tandis que le second ouvrage se base sur les travaux parlementaires.

¹²²⁰ La personne chargée de la protection, en tant que personne agissant dans les intérêts du majeur, peut demander l'hospitalisation sans consentement. (CSP, art. L. 3212-1)

¹²²¹ L'article 223-6 du Code pénal incrimine le délit de non-assistance à personne en péril.

¹²²² A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 634, p. 276.

¹²²³ Olivier MOLIN indique que les deux interprétations sont possibles et que par conséquent, seule la jurisprudence permettra de répondre. (O. MOLIN, *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009, n° 124, p. 120.)

texte étant générale, il serait possible de penser que toute personne chargée de la protection pourrait intervenir en cas de danger, même en l'absence de mission d'assistance ou de représentation en matière personnelle. Cependant, la situation de la disposition au sein de l'article suggère que l'intervention est subordonnée à l'existence d'une mission de protection prévue de manière expresse. Cette interprétation est confortée par le fait que s'il avait souhaité une application générale, le législateur aurait mis cette disposition juste après le premier alinéa¹²²⁴.

II- La compétence exclusive pour les actes à caractère strictement personnel

539. La doctrine a développé la notion de capacité naturelle du majeur à partir de l'article 8 du Code civil¹²²⁵. Dans cette sphère de capacité naturelle, le majeur protégé conserve sa capacité d'exercice. La notion de capacité naturelle trouve à s'appliquer tant le domaine patrimonial qu'extrapatrimonial¹²²⁶. Elle s'illustre dans les cas de pouvoir concurrent¹²²⁷ mais également dans les actes de la vie courante et les actes à caractère strictement personnel. La notion d'acte de la vie courante ayant été analysée dans le cadre de la protection patrimoniale, il convient de présenter la notion d'acte à caractère strictement personnel consacrée par le législateur en 2007.

540. L'article 458 du Code civil prévoit que le majeur protégé accompli seul les actes dont la nature implique un consentement strictement personnel. Toute possibilité d'assistance ou de représentation est exclue en la matière. Par conséquent, il existe un domaine dans lequel le majeur protégé a une compétence exclusive. Dans ce domaine, peu importe que le majeur

Sur l'incertitude de la réponse à cette question voir également : F. ARHAB-GIRARDIN, « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RDSS 2009, p. 875.

¹²²⁴ La Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO du 13 mai 2009, p. 7920, art. 116) a interverti les alinéas 3 et 4 de l'article 459 du Code civil. Si cela avait été nécessaire, elle aurait pu modifier l'ordre de tous les alinéas de l'article.

¹²²⁵ L'article 8 du Code civil dispose que « *tout Français jouira des droits civils* ».

¹²²⁶ Th. FOSSIER et M. BAUER, *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface P. GOHET, ESF, 4^{ème} éd., 2008, fiche 27, p. 221 ; Th. FOSSIER, *Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux*, in « Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007 », actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1277.

¹²²⁷ La notion de pouvoir concurrent correspond aux hypothèses dans lesquelles le majeur protégé conserve le droit d'exercer des recours.

protégé soit ou non en état de passer l'acte. Si l'état de la personne ne lui permet pas de passer l'acte à caractère strictement personnel, l'acte ne se fera pas.

541. Les actes strictement personnels peuvent être définis comme « *ceux qui affectent directement et principalement l'être dans son intimité corporelle ou psychique, indépendamment des éventuels retentissements patrimoniaux tirés de leurs coûts* »¹²²⁸. Une liste non exhaustive¹²²⁹ des actes à caractères strictement personnels est fixée par le deuxième alinéa de l'article 458 du Code civil. Ainsi, sont réputés strictement personnels : « *la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant.* » La liste étant, a priori, non exhaustive, la jurisprudence pourra la compléter. La plupart de ces actes sont relatifs à l'enfant du majeur protégé. Seule l'adoption du majeur protégé touche la personne protégée elle-même.

542. La déclaration de naissance est le premier acte mentionné dans la liste des actes à caractère personnel. Dans la mesure où l'ensemble des personnes qui ont assisté à l'accouchement peuvent déclarer à l'état civil la naissance de l'enfant¹²³⁰, il ne s'agit pas à proprement parler d'un acte strictement personnel. Malgré l'expression « *strictement personnel* » employée dans le deuxième alinéa de l'article 458 du Code civil, ce n'est pas tant l'acte qui est strictement personnel mais le consentement à cet acte. Ainsi, le fait que l'acte soit strictement personnel ne signifie pas que le majeur protégé soit le seul à pouvoir le faire, mais simplement que personne ne peut le faire à sa place, ne peut se substituer à lui dans l'exercice de son droit¹²³¹.

543. La reconnaissance d'enfant a toujours été considérée comme un acte qui relève de la compétence du majeur. En tant qu'acte éminemment personnel, seul le majeur protégé

¹²²⁸ A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5^{ème} éd., 2010, n° 1038, p. 526.

¹²²⁹ Voir l'exposé des motifs du projet de loi portant réforme de la protection des majeurs.

¹²³⁰ C. civ., art. 56.

¹²³¹ L'inscription de la déclaration de naissance dans la liste emporte des conséquences sur la notion d'acte strictement personnel. Cette notion semble plus large que l'ancienne catégorie d'acte éminemment personnel qui comprenait des actes qui ne pouvaient faire l'objet de représentation mais qui ne pouvaient pas non plus être accomplis par autrui.

V. en ce sens : P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », Dr. Famille, mars 2009, étude 17.

peut le réaliser. De manière assez curieuse, une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme a admis que le juge puisse autoriser l'administrateur légal sous contrôle judiciaire d'un majeur protégé à reconnaître l'enfant de ce dernier¹²³². Cette jurisprudence a fait l'objet de critique et n'est désormais plus possible. Il convient de préciser que la filiation de l'enfant d'un majeur sous tutelle qui n'est pas en état de reconnaître l'enfant, pourra être établie par la possession d'état¹²³³ ou par une action en recherche de paternité¹²³⁴.

544. L'ouverture d'une mesure de protection juridique ne prive pas automatiquement le majeur de l'autorité parentale. En effet, l'article 373 du Code civil ne prive le père ou la mère de l'enfant de l'exercice de l'autorité parentale que si son incapacité l'empêche d'exprimer sa volonté. Il s'agit d'une incapacité de fait¹²³⁵. Il peut paraître surprenant que le législateur ait limité aux actes relatifs à la personne de l'enfant la notion d'acte strictement personnel, alors que l'autorité parentale s'étend également à l'administration des biens du mineur¹²³⁶. Cependant, cette limitation s'explique par le fait que le majeur en tutelle ne peut exercer aucune charge tutélaire¹²³⁷. Par conséquent, le majeur en tutelle ne peut être l'administrateur légal des biens de son enfant¹²³⁸. Si l'altération des facultés mentales empêche le majeur protégé d'exprimer sa volonté, l'autorité parentale est dévolue à l'autre parent. Par l'effet de cette dévolution, l'administration légale pure et simple devient une administration légale sous contrôle judiciaire¹²³⁹. L'article 373 du Code civil ne précise pas les modalités de cette dévolution. Si une dévolution automatique semble logique en cas de décès ou d'absence d'un des parents, elle est plus discutable pour l'incapacité de fait¹²⁴⁰. Dans la pratique, l'article 373 est resté « lettre morte » car aucun texte ne précise le juge

¹²³² TI Quimperlé, ord., 16 octobre 1999 ; JCP 2000. II. 10252, note Th. GARE ; Defrénois 2000. 668, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 2000. 85, obs. J. HAUSER ; RJPF 2000-4/13, note J.-M. PLAZY ; RDSS 2000. 436, obs. F. MONEGER.

¹²³³ C. civ., art. 310-1, 310-3, 311-1 et 311-2.

¹²³⁴ C. civ., art. 327 et 328.

¹²³⁵ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 527, p. 440.

¹²³⁶ P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », Dr. Famille, mars 2009, étude 17.

¹²³⁷ C. civ., art. 395 2°.

¹²³⁸ C. civ., art. 389-7 et 395 2°.

¹²³⁹ C. civ., art. 389-2.

¹²⁴⁰ A. GOUTTENORE et Hugues FULCHIRON, Rép. civ. Dalloz, Autorité parentale, n° 295.

compétent¹²⁴¹. Le juge aux affaires familiales en tant que spécialiste de l'intérêt de l'enfant, et le juge des tutelles, en tant que spécialiste de l'aptitude du majeur pourraient être compétents¹²⁴². Certains auteurs considèrent qu'il revient au juge des tutelles de constater que le majeur protégé ne peut pas manifester sa volonté¹²⁴³. Au demeurant, d'autres mécanismes permettent de priver en tout ou en partie le majeur protégé de l'exercice de l'autorité parentale. Tel est le cas des mesures d'assistance éducative¹²⁴⁴, de la délégation¹²⁴⁵ et du retrait¹²⁴⁶.

545. Au titre de l'autorité parentale¹²⁴⁷, les père et mère doivent consentir au mariage de leur enfant mineur¹²⁴⁸ et peuvent demander leur émancipation¹²⁴⁹. Par conséquent, en tant

¹²⁴¹P. SALVAGE-GEREST, J.-Cl. Civil Code, Fasc. 30 : MINORITÉ. – Administration légale sous contrôle judiciaire, Art. 389 à 393, n° 15.

¹²⁴²V. en ce sens : A. BATTEUR, A. CARON-DEGLISE, M.-C. DALLE. et al..., *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. Th. FOSSIER, préf. P. CATALA, Litec, 2009, n° 650, p. 285.

¹²⁴³A. GOUTTENOIRE et Hugues FULCHIRON, Rép. civ. Dalloz, Autorité parentale, n° 293.

¹²⁴⁴L'article 375 du Code civil dispose « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. [...] lorsque les parents présentent des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, évaluées comme telles dans l'état actuel des connaissances, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale, une mesure d'accueil exercée par un service ou une institution peut être ordonnée pour une durée supérieure, afin de permettre à l'enfant de bénéficier d'une continuité relationnelle, affective et géographique dans son lieu de vie dès lors qu'il est adapté à ses besoins immédiats et à venir* ».

A titre d'exemple, il a été jugé que les troubles graves du père peuvent être constitutifs d'un danger pour l'enfant. (Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 313 p. 218.)

Les mesures d'assistance éducative relèvent de la compétence du juge des enfants. (C. civ., art. 375-1 ; COJ, art. L. 252-2)

¹²⁴⁵La délégation forcée de l'autorité parentale peut intervenir notamment lorsque l'un des parents est dans l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale. (C. civ., art. 377 al. 2)

Cette mesure relève de la compétence du juge aux affaires familiales (C. civ., art. 376-1 ; COJ, art. L. 213-3)

¹²⁴⁶Le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé à la suite de la commission de certaines infractions pénales ou lorsque le comportement du parent met manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. (C. civ., art. 378 et 378-1) Cette mesure relève de la compétence du Tribunal de grande instance ou, le cas échéant, des juridictions pénales. (C. civ., art. 378 et 378-1)

La Haute juridiction considère que seul le danger que fait courir à l'enfant le comportement ou l'état du titulaire de l'autorité parentale justifie le retrait. En l'espèce, la fragilité de l'état mental de la mère ne suffit pour justifier le retrait de l'autorité parentale dès lors que le danger qui pourrait en résulter n'est pas établi. (Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 1988, Bull. civ. 1988, I, n° 186, p. 129 ; Gaz. Pal. 1988, 26 novembre 1988, 2, p. 797, note J. M.

¹²⁴⁷G. CORNU, *Droit de la famille*, Montchrestien, Domat, 9^{ème} éd., 2006, n° 76, p. 164.

¹²⁴⁸C. civ., art. 148.

Il convient de relever que le mariage d'un mineur est exceptionnel depuis la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO du 5 avril 2006, p. 5097)

¹²⁴⁹C. civ., art. 413-2 al. 2.

qu'acte strictement personnel, le majeur protégé ne peut être ni représenté, ni assisté dans ces actes. Toutefois, dès lors que le parent est hors d'état de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit¹²⁵⁰. En outre, la demande d'émancipation peut être présentée par un seul des parents. Et, dans une telle hypothèse, le juge n'est pas tenu d'entendre l'autre parent si ce dernier n'est pas en état de manifester sa volonté¹²⁵¹. Ainsi, l'impossibilité de manifester sa volonté fait échec à l'ensemble des actes de l'autorité parentale relatifs à la personne du mineur.

546. Le choix du nom de l'enfant appartient aux père et mère. L'enfant peut porter « soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux »¹²⁵². En principe, la déclaration du choix du nom de l'enfant se fait conjointement. S'agissant d'un acte strictement personnel, le père ou la mère qui se trouve sous un régime de protection ne peut pas être assisté ou représenté pour accomplir la déclaration. Si le majeur protégé n'est pas en état de faire la déclaration conjointe, l'enfant prend « le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre »¹²⁵³. La question du choix du nom de l'enfant ne se pose pas lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des deux parents. Dans une telle hypothèse, l'enfant prend le nom de ce parent¹²⁵⁴. Ainsi lorsqu'une mère qui bénéficie d'un régime de protection donne naissance à un enfant, celui-ci prend son nom.

547. Le changement du nom de l'enfant peut intervenir lors de l'établissement de la seconde filiation¹²⁵⁵. Les parents de l'enfant disposent des mêmes possibilités que lors du choix initial. Le changement de nom de l'enfant prend la forme d'une déclaration conjointe. S'agissant d'un acte strictement personnel, le fait qu'un des parents ne soit pas en état de

¹²⁵⁰ C. civ., art. 149 al. 1.

¹²⁵¹ C. civ., art. 413-2 al. 3.

¹²⁵² C. civ., art. 311-21.

¹²⁵³ C. civ., art. 311-21.

¹²⁵⁴ C. civ., art. 311-23 al. 1.

¹²⁵⁵ C. civ., art. 311-23 al. 2.

faire la déclaration conjointe paralyse le changement. La rigueur de la règle s'impose même si ce n'est pas l'intérêt de l'enfant¹²⁵⁶.

548. L'adoption d'un enfant est en principe subordonnée au consentement du ou des parents à l'égard duquel la filiation est établie¹²⁵⁷. Dans la mesure où il s'agit d'un acte strictement personnel, le majeur protégé doit consentir à l'adoption de son enfant. Toutefois, pour ne pas paralyser le processus d'adoption qui est généralement justifié par l'intérêt de l'enfant, le consentement du parent qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou qui a perdu ses droits en matière d'autorité parentale n'est pas nécessaire. Le consentement de l'autre parent suffit, ou celle du conseil de famille lorsque les deux parents sont inaptes à consentir (ou lorsque la filiation n'était pas établie ou établie qu'à l'égard du parent inapte)¹²⁵⁸.

549. L'adoptant doit présenter une requête en vue de l'adoption d'un enfant. La requête en adoption ne figure pas dans la liste de l'article 458 du Code civil. Cependant, la Haute juridiction dans un arrêt du 4 juin 2007 a considéré que « *la requête en adoption est une action dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation de l'adoptant placé sous tutelle* »¹²⁵⁹. Dans la mesure où la jurisprudence antérieure à la loi de 2007 considérait qu'il s'agissait d'un acte éminemment personnel, il est possible de penser qu'une telle jurisprudence va continuer de s'appliquer.

L'adoption de la personne protégée elle-même nécessite son consentement¹²⁶⁰. La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme considérait que « *le consentement d'un majeur protégé à sa propre adoption qui est un acte strictement*

¹²⁵⁶ P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », Dr. Famille, mars 2009, étude 17.

¹²⁵⁷ C. civ. 348, 348-1 (pour l'adoption plénière) et 361 (pour l'adoption simple).

¹²⁵⁸ C. civ., art. 348 et 348-2.

¹²⁵⁹ Cass. 1ère civ., 4 juin 2007, Bull. civ. I, n° 218 ; D. 2007, p. 2327, n° 4, obs. P. CHAUVIN ; D. 2008, Pan., p. 320, obs. J.-J. LEMOULAND ; JCP N 2007, p. 1313, obs. J.-M. PLAZY ; Defrénois 2007, p. 1323, obs. J. MASSIP ; AJ fam. 2007, p. 355, obs. L. PECAUT-RIVOLIER ; Dr. fam. 2007, n° 153, note Th. FOSSIER, et n° 193, note P. MURAT ; RJP 2007-9/16, obs. J. CASEY ; RTD civ. 2007, p. 547, obs. J. HAUSER.

Il convient de préciser que dans sa solution, la Cour de cassation a fait référence à la possibilité pour le juge d'autoriser le tuteur à passer l'acte. Cette possibilité n'est plus admise depuis l'entrée en vigueur de la réforme.

¹²⁶⁰ Dès lors qu'elle a plus de treize ans, la personne adoptée doit consentir à son adoption. (C. civ., art. 345 (pour l'adoption plénière) et 360 (pour l'adoption simple).)

*personnel ne peut être donné en ses lieu et place par son tuteur »*¹²⁶¹. Désormais, l'article 458 du Code civil prévoit expressément que le consentement donné à sa propre adoption est un acte strictement personnel. Le majeur agit seul et aucune autorisation judiciaire n'est requise.

550. Même si la liste n'est pas limitative, il semble que l'adoption du majeur protégé soit quasiment le seul acte à caractère personnel qui soit relatif au majeur lui-même. Il convient de réserver le cas du changement de sexe¹²⁶² ou de nom du majeur protégé¹²⁶³. Le juge devra déterminer si ces actes sont des actes personnels de droit commun ou des actes strictement personnels.

CONCLUSION DU CHAPITRE

551. Le choix de la mesure de protection est gouverné par quatre principes fondamentaux : la nécessité, la subsidiarité, la proportionnalité et l'individualisation. Ils permettent de garantir l'autonomie de la personne. En outre, diverses mesures de protection existent qui offrent une graduation dans l'intensité de la protection.

¹²⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 8 octobre 2008, Bull. civ. I, n° 223 ; D. 2008, p. 2663, obs. V. EGEA ; D. 2008, p. 2832, note V. NORGUIN ; D. 2009, Pan. 2183, obs. J.-M. PLAZY ; JCP 2009. II. 10012, note Y. FAVIER ; AJ fam. 2008. 435, note L. PECAUT-RIVOLIER ; Dr. fam. 2008. 173, obs. P. MURAT ; Dr. et patr., nov. 2009, p. 104, obs. Fulchiron ; Defrénois 2008, p. 2431, note J. Massip ; LPA 10 déc. 2008, note M.-A. BOUSSARD ; RTD civ. 2008. 655, obs. J. HAUSER ; RDSS 2009. 176, note Cl. NEIRINCK ; Procédures, Décembre 2008, comm. 334, obs. M. DOUCHY- OUDOT.

Il convient de préciser que dans sa solution, la Cour de cassation a également refusé d'autoriser le majeur à agir seul ou assisté (en application de l'ancien article 501 du Code civil dont le principe est repris à l'article 473), car la maladie dont il souffre ne lui permettait pas d'exprimer une volonté élaborée. Sous l'empire de l'ancien texte, le recours à l'article 501 était donc subordonné à l'aptitude du majeur, à la faculté d'émettre un consentement.

¹²⁶² Le professeur Pascale SALVAGE-GEREST envisage l'hypothèse du changement de sexe tout en mettant en évidence les problèmes éthiques posés par une telle intervention sur une personne vulnérable. (P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », Dr. Famille, mars 2009, étude 17.)

¹²⁶³ Nota : L'article 61 du Code civil, relatif au changement de nom, ne précise pas que la requête doit être formée par le tuteur, alors que pour le changement de prénom du majeur sous tutelle, l'article 60 du Code civil le précise.

Certaines mesures de protection permettent de conserver la capacité d'exercice du majeur. Tel est le cas de la sauvegarde de justice, du mandat de protection future et de la mesure d'accompagnement judiciaire. En revanche, les mesures de tutelle et de curatelle entraînent l'incapacité totale ou partielle du majeur protégé. Toutefois, l'incapacité partielle permet un partage des compétences et ainsi de respecter dans la mesure du possible l'autonomie de la personne protégée. En outre, en cas d'incapacité totale, la protection de la personne est assurée par la nécessité pour les actes graves, d'une autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille.

L'autonomie du majeur sous tutelle ou curatelle est assurée tant en matière patrimoniale qu'en matière personnelle. Dans ce dernier domaine, consacré par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, il existe un principe d'autonomie du majeur protégé. En outre, le majeur dispose d'une compétence exclusive pour les actes à caractère strictement personnel.

Ainsi, l'autonomie de la personne atteinte de trouble mental est assurée tant dans le choix que dans la mise en œuvre de la mesure de protection. Il convient de se demander si la protection de l'autonomie de la personne est assurée en dehors du cadre du régime de protection.

CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DE LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

552. Les notions d'autonomie et de volonté entretiennent des liens étroits. L'expression de la volonté est à la fois une manifestation de l'autonomie de la personne et une source d'autonomie.

Pour assurer l'autonomie de la personne sa volonté est prise en compte (Section 1). En outre, la volonté d'autonomie de la personne handicapée mentale a été entendue par le législateur (Section 2).

Section 1 : La prise en compte de l'expression de la volonté de la personne

553. La volonté de la personne est une manifestation de son autonomie. Pour produire ses effets, elle doit être exprimée. Toute la difficulté réside dans le fait de savoir si la personne est ou non en état d'exprimer (ou de manifester) sa volonté¹²⁶⁴. Si la question ne soulève aucune difficulté lorsque la personne est inconsciente, tel n'est pas le cas de la plupart des personnes atteintes de déficience mentale. Seul le médecin, notamment psychiatre, peut déterminer si la personne dispose d'une capacité de jugement suffisante, d'un libre arbitre. Cette capacité de fait ne coïncide pas nécessairement avec la capacité juridique.

554. L'autonomie de la personne transparait à travers l'expression de sa volonté. La possibilité d'exprimer sa volonté permet au majeur protégé de conserver et d'exercer son autonomie (§1). La personne peut également anticiper sa perte d'autonomie (§2).

Paragraphe 1 : L'expression de la volonté en tant que condition d'autonomie de la personne

555. Comme cela a été vu dans le chapitre précédent, le droit s'efforce de respecter l'autonomie du majeur protégé. Cependant, pour pouvoir exercer ses droits, la personne

¹²⁶⁴ Nota : le verbe exprimer est utilisé par le Code de la santé publique alors que le terme manifester l'est dans le Code civil.

majeure doit être en mesure d'exprimer sa volonté. Ainsi, l'expression de la volonté apparaît comme une condition d'exercice de la capacité.

L'expression de la volonté de la personne atteinte de trouble mental est prise en compte que celle-ci soit patient (I) ou usager (II).

I- L'expression de la volonté du patient

L'expression de la volonté du patient est prise en compte qu'il soit un majeur protégé (A) ou une personne faisant l'objet de soins psychiatriques (C). L'importance de la possibilité d'exprimer sa volonté est mise en évidence par le régime des actes médicaux lorsque le patient est hors d'état de manifester sa volonté (B).

A) L'expression de la volonté du patient majeur protégé

556. Le Conseil consultatif national d'éthique, dans son avis du 12 juin 1998¹²⁶⁵, pose le principe de la capacité de toute personne à recevoir des informations et de donner un consentement "libre et éclairé" à un acte médical qu'on lui propose. Toute personne est donc présumée capable de consentir à l'acte médical.

557. Pour les actes médicaux de droit commun, le majeur protégé apparaît comme un patient capable de décider. Le majeur protégé doit donc en principe consentir à l'acte médical. Seul le cas du majeur sous tutelle fait l'objet d'un traitement particulier. En effet, lorsque le patient se trouve sous tutelle, le tuteur est amené à intervenir dans la décision. Toutefois, même lorsque le patient est sous tutelle, son consentement doit être systématiquement recherché dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision¹²⁶⁶. Ainsi l'expression de la volonté est source d'autonomie pour la personne même sous tutelle.

¹²⁶⁵ CCNE, avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, p. 14.

¹²⁶⁶ CSP, art. L. 1111-4 al. 6.

558. Pour certains actes médicaux particuliers, les majeurs protégés doivent être consultés si leur état le permet. Cette consultation a pour objet d'obtenir leur adhésion ou leur consentement à l'acte. Mais l'importance donnée au majeur protégé à travers l'expression de sa volonté n'est pas tant dans l'assentiment à l'acte envisagé mais plus dans son refus. En effet, pour certains actes médicaux particuliers, il ne peut être passé outre le refus du majeur protégé. Tel est le cas des recherches biomédicales¹²⁶⁷, du prélèvement de moelle osseuse¹²⁶⁸, de l'utilisation des tissus, des cellules et des produits du corps humain, prélevés à l'occasion d'une intervention chirurgicale¹²⁶⁹ des prélèvements sur une personne décédée¹²⁷⁰. Le fait que le refus du majeur protégé soit dans une certaine mesure mieux protégé que son assentiment, s'explique par le fait qu'il s'agit d'actes effectués sans bénéfice direct ou immédiat pour le majeur protégé. Par ailleurs, il ne peut non plus être passé outre le refus de la personne majeure protégée en matière de stérilisation à visée contraceptive¹²⁷¹. L'expression de la volonté du majeur protégé est donc également importante pour les actes particuliers.

B) Le patient hors d'état d'exprimer sa volonté

559. Indépendamment du régime de protection, le législateur a pris en compte la situation dans laquelle la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté. En effet, toute intervention ou investigation doit être précédée de la consultation d'un des protecteurs naturels du patient¹²⁷².

560. Des procédures particulières sont prévues pour l'arrêt ou la limitation de traitement susceptible de mettre la vie du patient en danger¹²⁷³ ou administré à une personne en fin de vie¹²⁷⁴. Ainsi, le patient hors d'état d'exprimer sa volonté perd son autonomie. A défaut d'avoir anticipé cette situation, sa volonté n'est pas prise en compte.

¹²⁶⁷ CSP, art. L. 1122-2 I.

¹²⁶⁸ CSP, art. L. 1241-4.

¹²⁶⁹ CSP, art. L. 1245-2.

¹²⁷⁰ CSP, art. L. 1232-1.

¹²⁷¹ CSP, art. L. 2123-2.

¹²⁷² CSP, art. L. 1111-4 al. 4.

¹²⁷³ CSP, art. L. 1111-4 al. 5.

¹²⁷⁴ CSP, art. L. 1111-13.

C) Le patient faisant l'objet de soins sans son consentement

561. La loi du 5 juillet 2011¹²⁷⁵ a renforcé les droits des personnes faisant l'objet de soins sans consentement. Elle s'est inspirée de certaines dispositions des recommandations du Conseil de l'Europe relatives à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux¹²⁷⁶.

562. La volonté du patient faisant l'objet de soins psychiatriques, est prise en compte lors de la définition du programme de soins et avant toute modification de celui-ci¹²⁷⁷. D'une manière générale, la personne dont l'état le permet, doit pouvoir faire valoir ses observations avant toute décision relative au maintien des soins ou définissant la forme de la prise en charge¹²⁷⁸. Ainsi même dans le cadre d'une mesure de soins non consentie, une place est laissée à l'autonomie de la personne. Toutefois, cette place est infime au regard de l'atteinte à l'autonomie de la personne que constitue les soins sans consentement. Dans la mesure du possible, il est nécessaire de rechercher le consentement de la personne aux soins.

563. Certains pays européens, dont la Suisse, admettent la pratique des « testaments psychiatriques »¹²⁷⁹ qui permettent aux personnes pendant les phases de lucidité d'indiquer leur volonté en matière de traitements. En France, il n'existe pas de tels dispositifs. L'utilisation de directives anticipées pourrait être envisagée. Pour cela, il serait opportun d'élargir le domaine d'application de telles directives.

¹²⁷⁵ Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

¹²⁷⁶ Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 20 notamment)

¹²⁷⁷ CSP, art. L. 3211-2-1.

¹²⁷⁸ CSP, art.L. 3211-3.

¹²⁷⁹ P. BERNARDET, « Les conditions de consentement au traitement de la personne souffrant de troubles mentaux », Handicap, revue des sciences humaines et sociales, 2005, p. 43.

II- L'expression de la volonté de l'usager

564. La loi du 2 janvier 2002¹²⁸⁰ est venue redéfinir l'action sociale et médico-sociale. Elle a souhaité placer l'usager au centre du dispositif¹²⁸¹. « *L'usager objet de droits est convié par le législateur à devenir usager sujet de droit, sa citoyenneté s'appuyant désormais sur un trépied : information sur ses droits fondamentaux, information sur le contenu de sa prise en charge, participation à l'élaboration de celle-ci* »¹²⁸². Un des objectifs de l'action sociale et médico-sociale est la promotion de l'autonomie et de la protection de la personne¹²⁸³. L'expression de la volonté de l'usager est prise en compte au niveau de sa prise en charge (A) mais également dans le fonctionnement de l'institution (B).

A) La participation de l'usager à sa prise en charge

565. La personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social a notamment droit à un accompagnement individualisé et de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, dans le respect d'un consentement éclairé¹²⁸⁴. Cette exigence d'un consentement éclairé est une

¹²⁸⁰ Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JO du 3 janvier 2002, p. 124.

¹²⁸¹ Nota : la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relatives aux institutions sociales et médico-sociales était centrée sur l'institution.

¹²⁸² J.-F. BAUDURET et M. JAEGER, *Rénover l'action sociale et médico-sociale, histoires d'une refondation*, Dunod, 2002, p.104.

¹²⁸³ CASF, art. L. 116-1.

¹²⁸⁴ CASF, art. L. 311-3.

Cet article précise les droits des usagers des établissements sociaux et médico-sociaux. Il prévoit que « *l'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés :*

1° Le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité et de sa sécurité,

2° Sous réserve des pouvoirs reconnus à l'autorité judiciaire et des nécessités liées à la protection des mineurs en danger et des majeurs protégés, le libre choix entre les prestations adaptées qui lui sont offertes soit dans le cadre d'un service à son domicile, soit dans le cadre d'une admission au sein d'un établissement spécialisé,

3° Une prise en charge et un accompagnement individualisé de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit systématiquement être recherché lorsque la personne est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. A défaut, le consentement de son représentant légal doit être recherché,

4° La confidentialité des informations la concernant,

5° L'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge, sauf dispositions législatives contraires,

6° Une information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières légales et contractuelles dont elle bénéficie, ainsi que sur les voies de recours à sa disposition,

7° La participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne.»

manifestation de l'autonomie de la volonté et permet à l'usager de devenir acteur de sa prise en charge. Dès lors que l'usager est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision, son consentement à la prise en charge doit être recherché¹²⁸⁵. Ce n'est que lorsque l'usager n'est pas apte à exprimer sa volonté que le consentement de son représentant légal est recherché.

566. La loi rénovant l'action sociale et médico-sociale pose le principe de la participation de l'usager à la conception et à la mise en œuvre du projet le concernant¹²⁸⁶. En effet, l'article L. 311-3 7° assure à la personne prise en charge dans un établissement ou un service social ou médico-social la participation directe ou avec l'aide de son représentant légal à la conception et à la mise en œuvre du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne. Cette participation de l'usager est également prévue dans l'article 4 de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie¹²⁸⁷. L'effectivité de ce droit passe notamment par la participation de l'usager à la réalisation du document de prise en charge le concernant, c'est-à-dire au contrat de séjour ou au document individuel de prise en charge¹²⁸⁸. Lorsque son état lui permet d'exprimer une volonté claire, le majeur protégé participe à l'élaboration de ces documents¹²⁸⁹. Il convient toutefois de préciser que la signature du contrat relève de la compétence du tuteur lorsque l'usager est sous tutelle car le contrat de séjour est un contrat et par conséquent, un acte juridique¹²⁹⁰.

¹²⁸⁵ CASF, art. L. 311-3.

¹²⁸⁶ F. BARRISAT, L. BERTHON, P. FEVRIER [et al...], *La participation des usagers dans les établissements et services médico-sociaux : enjeux et méthodes*, ANDESI et UNAPEI, 2005, p. 5.

¹²⁸⁷ Arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte des droits et libertés de la personne accueillie, mentionnée à l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles.

¹²⁸⁸ Le contrat de séjour ou le document individuel de prise en charge définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel. (CASF, art. L. 311-4)

Le contenu du contrat de séjour a été précisé par le Décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004 sur le contrat de séjour ou document individuel de prise en charge prévu par l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles.

Lorsque la notion de séjour est inadaptée, il convient de recourir au document individuel de prise en charge. A titre d'exemple, le document individuel de prise en charge sera utilisé pour des prestations ambulatoires discontinues.

¹²⁸⁹ CASF, art. L. 311-4 et L. 471-7.

¹²⁹⁰ J.-M. LHUILLIER, *Droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, presses de l'EHESP, 4^{ème} éd., 2009, p. 147.

B) La participation de l'usager au fonctionnement de l'établissement

567. Les établissements sociaux et médico-sociaux¹²⁹¹ ont l'obligation de mettre en place un Conseil de la vie sociale ou toute autre instance permettant la participation des usagers au fonctionnement de l'établissement ou de la structure¹²⁹². La loi du 2 janvier 2002 a substitué le Conseil de la vie sociale au Conseil d'établissement. Les représentants des usagers, de leurs familles ou de leurs représentants légaux sont majoritaires¹²⁹³. Les autres membres du conseil sont des représentants du personnel et des représentants de l'organisme gestionnaire.

568. Le Conseil de la vie sociale est consulté sur le règlement de fonctionnement de l'établissement¹²⁹⁴, le projet d'établissement¹²⁹⁵. En outre, le Conseil de la vie sociale peut faire des propositions sur toute question intéressant « *le fonctionnement de l'établissement ou du service notamment sur l'organisation intérieure et la vie quotidienne, les activités, l'animation socio-culturelle et les services thérapeutiques, les projets de travaux et d'équipements, la nature et le prix des services rendus, l'affectation des locaux collectifs, l'entretien des locaux, les relogements prévus en cas de travaux ou de fermeture, l'animation de la vie institutionnelle et les mesures prises pour favoriser les relations entre ces participants ainsi que les modifications substantielles touchant aux conditions de prises en charge* »¹²⁹⁶. Ainsi les usagers prennent part à l'organisation interne et à la vie quotidienne de l'établissement.

Paragraphe 2 : L'expression de la volonté de la personne anticipant sa perte d'autonomie

569. Ces dernières années, le législateur a mis en place plusieurs mécanismes permettant à la personne d'organiser l'avenir. Celle-ci peut choisir son protecteur (I) et/ou exprimer sa volonté de manière anticipée (II)

¹²⁹¹ Plus précisément, le Conseil de la vie sociale est mis en place lorsque l'établissement ou le service assure un hébergement ou un accueil de jour continu ou une activité d'aide par le travail. (CASF, art. D. 311-3)

¹²⁹² CASF, art. L. 311-6.

¹²⁹³ CASF, art. D. 311-6.

¹²⁹⁴ CASF, art. L. 311-7

¹²⁹⁵ CASF, art. L. 311-8.

¹²⁹⁶ CASF, art. D. 311-15.

I- La volonté de la personne dans le choix de son protecteur

Le choix du protecteur est possible en matière médicale (A) et en matière civile (B).

A) Le choix du protecteur dans le domaine médical

570. Le Conseil consultatif national d'éthique dans son avis n°58 proposait que *« soit mise à l'étude la possibilité pour toute personne de désigner pour elle-même un " représentant " (ou " mandataire ", ou " répondant "), chargé d'être l'interlocuteur des médecins aux moments où elle est hors d'état d'exprimer elle-même ses choix. »*¹²⁹⁷ Le législateur en 2002 a tenu compte de cet avis en instituant la personne de confiance¹²⁹⁸. L'article L. 1111-6 du Code de la santé publique prévoit que *« toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou un médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. »* Toute personne majeure à l'exception de celles sous tutelle¹²⁹⁹ peut désigner une personne de confiance. Lorsqu'un majeur sous tutelle avait désigné une personne de confiance avant l'ouverture de la mesure de protection, le juge des tutelles doit confirmer ou révoquer la mission¹³⁰⁰. Il paraît vraisemblable que le juge confirme la mission puisque son objet est la protection des intérêts de la personne¹³⁰¹. La désignation se fait par écrit¹³⁰² et le dossier médical doit identifier la personne désignée en tant que personne de confiance¹³⁰³.

571. La personne dispose d'une totale liberté dans le choix de la personne de confiance. La référence faite par le texte aux parents, proches ou médecin traitant, ne l'est qu'à titre

¹²⁹⁷ CCNE, avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, p. 19.

¹²⁹⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.

¹²⁹⁹ CSP, art. L. 1111-6 al. 3.

¹³⁰⁰ Même article.

¹³⁰¹ C. ESPER, « La personne de confiance », Gaz. Pal. 17 décembre 2002, n° 351, p. 14.

¹³⁰² CSP, art. L. 1111-6 al. 1.

¹³⁰³ CSP, art. R. 1112-3.

indicatif. Cependant, la personne désignée étant dite de « *confiance* », il semblerait contraire à l'esprit du texte qu'un inconnu soit désigné¹³⁰⁴.

572. La personne de confiance a un double rôle. Le premier est un rôle d'accompagnement du patient conscient. Le second est un rôle de consultation lorsque le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté. Lorsque le patient est conscient, la personne de confiance peut l'accompagner dans ses démarches et assister aux entretiens médicaux pour lui apporter une aide dans ses décisions¹³⁰⁵. Il convient de relever que l'exercice de la mission d'accompagnement, d'assistance et de conseil est subordonné à la manifestation de volonté du patient. En effet, ce n'est que si le malade le souhaite que la personne de confiance remplit ses missions¹³⁰⁶. La levée du secret professionnel résulte donc de la volonté du patient¹³⁰⁷. En outre, en cas de pronostic grave, le médecin peut, sauf opposition du patient, informer la personne de confiance pour que celle-ci puisse apporter son soutien au malade¹³⁰⁸. Le médecin doit également informer la personne de confiance lorsqu'il décide d'administrer au patient un traitement comportant un double effet¹³⁰⁹. Il convient de souligner que le rôle de la personne de confiance se limite à une aide à la prise de décision. La personne de confiance ne peut se substituer au patient¹³¹⁰. La seule hypothèse dans laquelle la personne de confiance est amenée à consentir est celle d'une recherche biomédicale qui doit être pratiquée dans une situation d'urgence telle qu'elle ne permette pas de recueillir le consentement de l'intéressé¹³¹¹.

573. Ce n'est que lorsque le patient est hors d'état de manifester sa volonté que la désignation de la personne de confiance est une démonstration de l'anticipation de la perte d'autonomie. La personne de confiance est amenée à jouer un rôle essentiel même s'il n'est que consultatif dans la majorité des cas. Dans l'hypothèse d'un patient hors d'état de

¹³⁰⁴ C. ESPER, « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », RGDM, n° 11, 2003, p. 82.

¹³⁰⁵ CSP, art. L. 1111-6.

¹³⁰⁶ CSP, art. L. 1111-6 al. 1.

¹³⁰⁷ C. ESPER, *La personne de confiance*, Gaz. Pal. 17 décembre 2002, n° 351, p. 14.

¹³⁰⁸ CSP, art. L. 1110-4.

¹³⁰⁹ CSP, art. L. 1110-5 al. 5.

¹³¹⁰ J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, p. 97, n° 176.

¹³¹¹ CSP, art. L. 1122-1-2.

Nota : le consentement des membres de la famille peut également être recherché.

manifeste sa volonté, le législateur prévoit que son entourage est consulté¹³¹². Au sein de l'entourage du patient, il convient de relever que la personne de confiance occupe une place particulière. Son importance varie selon les actes envisagés. Pour ce qui concerne les interventions et investigations, la personne de confiance ou la famille (ou à défaut les proches) est consultée, sauf urgence ou impossibilité¹³¹³. La personne de confiance est donc placée sur un pied d'égalité avec la famille. Le médecin les consulte de manière alternative. En outre, les recherches biomédicales doivent être autorisées par la personne de confiance¹³¹⁴. La famille n'intervenant qu'à défaut de désignation d'une personne de confiance.

Dans le cadre de la fin de vie d'une personne hors d'état de manifester sa volonté, l'avis de la personne de confiance prévaut sur les autres avis non médicaux émis par d'autres personnes que le patient¹³¹⁵. Tel est le cas, lorsque le médecin envisage d'arrêter ou de limiter un traitement qui conduirait à un acharnement thérapeutique¹³¹⁶. Le médecin doit consulter de manière cumulative la personne de confiance et la famille mais l'avis de la première prévaut. L'existence au sein de l'entourage du patient en fin de vie, d'une personne dont l'avis prime sur les autres est nécessaire. En effet, il permet de résoudre les conflits entre protecteurs naturels¹³¹⁷. En outre, le choix de la prévalence de l'avis de la personne de confiance est compréhensible. En effet, la personne bénéficie d'une certaine légitimité résultant de sa désignation par le patient¹³¹⁸.

574. Par ailleurs, s'agissant du lien qui unit le patient et la personne de confiance, si certains auteurs parlent de mandat¹³¹⁹, il convient de relever que le pouvoir conférer par ce mandat est limité. En effet, en principe, la personne de confiance n'est que consultée. Elle

¹³¹² S. GUIGUE, *Le rôle de l'entourage du patient dans la fin de vie*, Actes du 16^{ème} congrès de droit médical, Toulouse, août 2006, LEH, p.1551.

¹³¹³ CSP, art. L. 1111-4 al. 4.

¹³¹⁴ CSP, art. L. 1122-2.

¹³¹⁵ CSP, art. L. 1111-12.

¹³¹⁶ CSP, art. L. 1111-13.

¹³¹⁷ M.-F. CALLU, « Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte » », RTD civ., avril-juin 1999, p. 326.

¹³¹⁸ O. DUPUY, « Consentement aux soins : le rôle de l'entourage du patient », Droit et santé, n° 6, juillet 2005, p. 340.

Voir également J. LEONETTI, Rapport n° 1929 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie. (examen art. 6)

¹³¹⁹ G. MEMETEAU, *Cours de droit médical*, LEH, 4^{ème} éd., 2010, n° 458, p. 346.

ne prend pas de décision¹³²⁰. Elle ne se substitue pas au patient¹³²¹. La seule hypothèse dans laquelle la personne de confiance est amenée à prendre une décision est celle des recherches biomédicales faites en urgence¹³²². Par conséquent, il n'est pas possible, en dehors de cette exception de parler de représentation¹³²³. La personne de confiance transmet la volonté du patient¹³²⁴. Le mandat ne serait donc pas un mandat de droit commun. La personne de confiance est intégrée dans le processus décisionnel qui doit aboutir à une « décision concertée »¹³²⁵.

575. Malheureusement, la mission d'évaluation de la loi du 22 avril 2005 constate que ce dispositif est resté généralement méconnu¹³²⁶. Cette méconnaissance résulte en partie du fait que la personne de confiance n'est proposée de manière systématique que lors de l'hospitalisation de la personne¹³²⁷.

B) Le choix du protecteur dans le domaine civil

576. Le majeur peut désigner la personne qui sera chargée d'assurer sa protection lorsqu'il ne pourra plus pourvoir seul à ses intérêts et ce, que la protection soit conventionnelle (1) ou judiciaire (2).

¹³²⁰C. ESPER, « La personne de confiance », *Gaz. Pal.* 17 décembre 2002, n° 351, p. 17.

¹³²¹J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, n° 176, p. 97.

¹³²²L'article L. 1122-1-2 du Code de la santé publique emploie le terme « consentement ».

D. BERTHIAU, *Droit de la santé*, Gualino, 2007, p. 160.

¹³²³P. LOKIEC, « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS* 2006, p. 865 ; C. TAGLIONE, « La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ?, réflexion sur un dispositif juridique incertain », *RGDM*, n° 17, 2005, p. 417.

¹³²⁴Voir rapport n° 1708 de J. LEONETTI au nom de la mission d'information sur l'accompagnement en fin de vie, *AN* n° 1708, tome 1, p. 123.

¹³²⁵P. LOKIEC, « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS* 2006, p. 865.

¹³²⁶J. LEONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, enregistré par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008, Tome 1 : le rapport d'information n° 1287, solidaires devant la fin de vie, Assemblée nationale, Documents d'information, 2008, p. 26.

Le rapport fait référence à une étude faite par Madame Nathalie VANDEVELDE qui constate que la personne de confiance n'était mentionnée que dans 58% des dossiers de soins ayant fait l'objet de l'étude.

¹³²⁷C. TAGLIONE, « La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ?, réflexion sur un dispositif juridique incertain », *RGDM*, n° 17, 2005, p. 401.

1) Le mandat de protection future

577. L'existence d'un tel mécanisme a été souhaitée par le Conseil de l'Europe dans ses recommandations sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables adoptées le 23 février 1999¹³²⁸. Le principe 2 des recommandations indique dans son septième alinéa qu'il « *conviendrait de prévoir et d'organiser les dispositions juridiques qu'une personne encore dotée de sa pleine faculté serait en mesure de prendre pour prévenir les conséquences de toute incapacité future.* » Le législateur français s'est inspiré des mécanismes existant dans les droits étrangers¹³²⁹.

578. Le mandat de protection future a été institué par la loi du 5 mars 2007. Il s'agit d'une mesure conventionnelle de protection juridique régie par les articles 477 et suivants du Code civil. Cette mesure conventionnelle peut être définie comme « *un mandat par lequel une personne en choisit une autre pour la représenter dans le cas où, en raison d'une altération de ses facultés, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts* ¹³³⁰ ».

579. La possibilité d'anticiper les conséquences d'une éventuelle inaptitude est ouverte à toute personne majeure ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle et aux mineurs émancipés. La personne sous curatelle peut réaliser un mandat de protection future, mais elle doit être assistée par son curateur¹³³¹. La volonté de la personne est donc à l'initiative de l'organisation de sa future protection. L'importance accordée à la volonté de la personne se

¹³²⁸ Recommandation n° R (99) 4 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 23 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

¹³²⁹ Le droit espagnol permet par acte authentique à une personne capable, de prévoir en anticipant une incapacité future, les dispositions relatives à la protection de ses biens et de sa personne. Le droit espagnol prévoit également la possibilité, par testament ou acte notarié, pour les parents d'un enfant mineur ou incapable de désigner la personne qui sera chargée de s'occuper de lui et de prévoir des dispositions relatives à la protection de ses biens et de sa personne. (article 223 du Code civil espagnol dans sa rédaction issue de la loi n° 41/2003 du 18 novembre 2003, de protection patrimoniale des personnes handicapées)

Le droit québécois a mis en place le « mandat donné en prévision de l'inaptitude » qui est un mandat dont l'objet est les actes destinés à assurer la protection de la personne et des biens du mandataire. (art. 2131 du Code civil québécois dans sa rédaction issue de la loi québécoise 1991, c. 64.)

¹³³⁰ J. MASSIP, « Le mandat de protection future », Gaz. Pal. 14 juin 2008 n° 166, p. 5 et Gaz. Pal. 17 juin 2008, n° 169, p. 5 ; LPA, 27 juin 2008, n° 129, p. 11 ; « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs », Defrénois, 2009, n° 537, p. 451.

¹³³¹ C. civ., art. 477.

manifeste tant au niveau de la nature de la mesure qu'au niveau du formalisme qui l'encadre ou de l'application du principe de subsidiarité.

580. Le mandat de protection future étant une mesure conventionnelle, le principe de la liberté contractuelle a vocation à s'appliquer. Les limites à la liberté contractuelle découlent des conditions de validité des contrats¹³³². Le mandant dispose ainsi, d'une grande liberté au niveau de l'objet de la convention. Il peut faire un mandat pour lui-même ou pour autrui. En effet, le législateur de 2007 a pris en compte l'inquiétude des parents de personnes majeures en situation de handicap quant à la protection future de leur enfant. Les parents qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou qui assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur, peuvent désigner la personne chargée de représenter leur enfant lorsqu'il ne pourra pourvoir seul à ses intérêts et qu'eux-mêmes seront décédés ou plus en mesure de s'occuper de lui¹³³³. Le mandat peut aussi avoir pour objet la protection du mandant lui-même. Le mandant peut également choisir l'objet de la protection. Il lui appartient de préciser le domaine de la protection, laquelle peut porter sur le patrimoine et/ou la personne¹³³⁴. Elle peut être générale ou limitée à certains actes déterminés par le mandant¹³³⁵. Toutefois, les exigences de formalisme constituent une limite à la liberté contractuelle. En effet, dans la gestion du patrimoine, le mandataire désigné par un acte sous seing privé ne peut accomplir que les actes qu'un tuteur peut accomplir sans autorisation¹³³⁶. Par conséquent, pour que le mandataire à la protection future puisse accomplir un acte de disposition, il doit être désigné par un acte authentique¹³³⁷ ou autorisé par le juge des tutelles¹³³⁸. En matière de protection personnelle, le mandant doit préciser s'il souhaite ou non que le mandataire exerce les missions dévolues au tuteur ou à la personne de confiance¹³³⁹ par le Code de la santé publique ou le Code de l'action sociale ou

¹³³² L'article 1108 du Code civil prévoit quatre conditions de validité des conventions : un consentement non vicié, la capacité de contracter, un objet certain et une cause licite.

¹³³³ C. civ., art. 477 al. 3.

¹³³⁴ C. civ., art. 425.

¹³³⁵ C. civ., art. 478 et 1987.

¹³³⁶ C. civ., art. 493 al 1 et 504.

¹³³⁷ C. civ., art. 490.

Obs. L'acte de disposition à titre gratuit accompli par un mandataire désigné par acte notarié, est subordonnée à l'autorisation du juge des tutelles (C. civ., art. 490 al. 2).

¹³³⁸ C. civ., art. 493 al. 2.

¹³³⁹ Dans l'hypothèse où la personne aurait déjà désigné une personne de confiance, la désignation d'un mandataire de protection future chargé d'exercer les missions dévolues à la personne de confiance par le Code de la santé publique équivaudrait à une révocation de la première désignation. En effet, la désignation de la

des familles¹³⁴⁰. Lorsque le mandat porte sur la protection de la personne, la liberté contractuelle est limitée car la convention doit respecter le droit commun de la protection de la personne protégée¹³⁴¹. Par conséquent, le mandataire ne peut se voir confier la réalisation d'actes strictement personnels et doit laisser le majeur, dans la mesure où son état le permet, prendre la décision en matière personnelle¹³⁴². En outre, le mandant a la possibilité de désigner plusieurs mandataires¹³⁴³. Il peut choisir une personne pour protéger sa personne et une autre pour protéger ses biens. Il peut même désigner plusieurs personnes dans un même domaine de protection¹³⁴⁴. Enfin, le mandant désigne lui-même la personne chargée de contrôler l'action du mandataire¹³⁴⁵. Le modèle de mandat de protection future et sa notice d'information permettent à la personne de personnaliser sa convention. Le mandant peut donc exprimer sa volonté de manière anticipée¹³⁴⁶. Il convient également de relever, que le mandat n'empêche pas le mandant d'exprimer sa volonté lors de l'exécution du mandat. En effet, le mandant conserve sa capacité et peut passer seul les actes. Les actes passés seuls par le mandant seul sont fragilisés dans la mesure où les conditions d'annulation sont assouplies¹³⁴⁷.

581. Le formalisme de la mesure de protection conventionnelle renforce la protection de la volonté du mandant. Si la forme notariée est exigée pour le mandat de protection future pour autrui¹³⁴⁸, elle ne l'est pas pour le mandat pour soi-même. Celui-ci peut être établi par acte sous seing privé. Le mandat de protection future sous seing privé doit soit être contresigné par un avocat soit être établi selon le modèle établi par décret en Conseil

personne de confiance est révocable à tout moment. En revanche, dans la mesure où la révocation du mandat de protection future est soumise à un certain formalisme, la désignation d'une personne de confiance (autre que le mandataire à la protection future) postérieurement à la conclusion du mandat de protection future sera source de conflit. Il reviendra au juge des tutelles de trancher la question des difficultés d'application du mandat de protection future.

¹³⁴⁰ C. civ., art. 479 al. 2.

¹³⁴¹ L'article 479 du Code civil dispose dans son premier alinéa « *Lorsque le mandat s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 457-1 à 459-2. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.* »

Le droit commun de la protection de la personne apparaît ainsi d'ordre public.

¹³⁴² Voir les développements consacrés au droit commun de la protection de la personne supra n° 310.

¹³⁴³ C. civ., art. 477 al. 1.

¹³⁴⁴ Arrêté du 23 décembre 2009 relatif à la notice d'information jointe au modèle de mandat de protection future sous seing privé (JO du 26 décembre 2009, p. 22338).

¹³⁴⁵ C. civ., art. 479 al. 3 et modèle de mandat de protection future.

¹³⁴⁶ Voir les développements infra n° 597 et s.

¹³⁴⁷ C. civ., art. 488.

¹³⁴⁸ C. civ., art. 477 al. 4.

d'Etat¹³⁴⁹. En outre, la prise d'effet est subordonnée à la production au greffe du Tribunal d'instance du mandat et d'un certificat médical établi par un médecin figurant sur la liste dressée par le procureur de la République et attestant que le mandant se trouve dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts¹³⁵⁰. Si le mandant n'a pas comparu au greffe du tribunal, il doit recevoir une notification de la prise d'effet du mandat qui prend la forme d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹³⁵¹. A part le visa du greffier du Tribunal d'instance, aucune formalité de publicité n'est requise¹³⁵².

582. La subsidiarité des mesures judiciaires par rapport à la mesure conventionnelle de protection juridique est posée à l'article 428 du Code civil. Ce principe de subsidiarité participe au respect de la volonté de la personne puisque une mesure émanant de la volonté de la personne est préférée à une mesure imposée par une autorité. Ce n'est que si le mandat de protection future n'offre pas une protection suffisante à la personne qu'une mesure judiciaire peut être ouverte. En outre, si en principe l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle met fin au mandat de protection future¹³⁵³, une solution alternative est offerte par la Loi. En effet, si c'est le champ d'application du mandat qui ne permet pas d'assurer une protection suffisante de la personne, le juge peut compléter la mesure de protection conventionnelle¹³⁵⁴. Il peut décider d'ouvrir une mesure de protection juridique

¹³⁴⁹ C. civ., art. 492 al. 1.

Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé (JO du 2 décembre 2007, p. 19537) modifié par Décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs (JO du 26 décembre 2009 p. 22311).

¹³⁵⁰ C. civ., art. 481 ; CPC, art. 1258 et s.

¹³⁵¹ CPC, art. 1258-4.

¹³⁵² Certains auteurs critiquent l'absence de publicité. V. notamment L. TAUDIN, « Mandat de protection future. Itinéraire sinueux d'une représentation », JCP N 2009, p. 1357.

Cependant, dans la mesure où le mandant conserve le pouvoir d'accomplir lui-même les actes, les tiers n'étant exposés qu'à une vulnérabilité relative de l'acte, une publicité n'est pas indispensable. L'acte accompli par le mandant alors que le mandat de protection future a pris effet, peut être rescindé pour simple lésion, réduit pour excès ou annulé pour insanité mentale (C. civ., art. 488 al. 1). La fragilité de l'acte est la même que celle d'un acte accompli par une personne sous sauvegarde de justice. Or, cette mesure de protection ne requiert comme formalité que l'information du procureur de la République. Cette formalité n'est pas à proprement parler une mesure de publicité car elle n'est pas accessible à la plupart des personnes qui contractent avec le majeur protégé (CPC, art. 1251-1).

D'autres auteurs expliquent l'absence de publicité par le fait que le mandataire de protection future se trouve dans la même situation que la personne bénéficiant d'une procuration afin de gérer tout ou partie du patrimoine de la personne. V. J. MASSIP, « Le mandat de protection future », Gaz. Pal. 14 juin 2008 n° 166, n° 16, p. 5 et Gaz. Pal. 17 juin 2008, n° 169, p. 5 ; LPA, 27 juin 2008, n° 129, n° 17, p. 11.

¹³⁵³ C. civ., art. 483 2°.

¹³⁵⁴ C. civ., art. 485 al. 2.

complémentaire et de la confier au mandataire à la protection future¹³⁵⁵. Le juge peut également autoriser le mandataire à la protection future à accomplir un ou plusieurs actes déterminés non couverts par le mandat. Il peut également désigner un mandataire ad hoc pour accomplir de tels actes. Le recours au mandataire ad hoc est utile pour les actes pour lesquels il y aurait un conflit d'intérêt entre le mandant et le mandataire. Le rôle prépondérant accordé au mandataire désigné par le majeur protégé au niveau du complément de la protection, permet d'assurer dans une certaine mesure, le respect de la volonté du majeur. En effet, il est vraisemblable que l'absence de certains actes dans le mandat résulte non du refus du mandant de voir le mandataire accomplir ces actes mais, tout simplement du fait que ces actes n'aient pas été envisagés par le mandant. Le mandataire à la protection future apparaît donc comme un protecteur naturel, privilégié. Toutefois, il convient de relever que l'application du principe de subsidiarité peut, dans certaines hypothèses, ne pas respecter la volonté du majeur. Tel est le cas de la subsidiarité de la mesure de protection conventionnelle par rapport à la protection assurée par le droit matrimonial¹³⁵⁶. Dans cette hypothèse, l'époux est préféré à la personne désignée par le mandat, ce qui est contraire à la volonté du mandant¹³⁵⁷.

2) La désignation anticipée du curateur ou du tuteur

583. Indépendamment du mandat de protection future, la personne peut indiquer l'identité de la personne qu'elle souhaiterait voir désigner en qualité de curateur ou de tuteur pour le cas où elle aurait besoin d'être protégée. L'expression de la volonté du majeur est importante puisqu'en principe, le juge doit se conformer à ce choix. Sauf si la personne désignée refuse ou se trouve dans l'impossibilité d'exercer la mission, ou si cette désignation

¹³⁵⁵ J. LEPROVAUX, « Le mandat de protection future », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1273.

¹³⁵⁶ C. civ., art. 483 4°.

Voir les développements consacrés à cette subsidiarité supra n° 497.

¹³⁵⁷ Le professeur Dominique FENOUILLET, critique à l'égard du mandat de protection future, explique la préférence accordée à l'époux par le souci de préserver la liberté de l'époux dans la gestion des biens. (D. FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, 30 janvier 2009, n° 2, n° 23, p. 142.)

n'est pas conforme aux intérêts de la personne protégée, le juge des tutelles doit désigner la personne choisie par le majeur protégé¹³⁵⁸.

584. Cette désignation peut se faire devant notaire ou par simple lettre entièrement manuscrite, datée et signée par le majeur¹³⁵⁹.

II- La volonté de la personne exprimée de manière anticipée

585. La personne peut exprimer sa volonté de manière anticipée, en prévision de la situation dans laquelle elle ne sera plus en état de le faire. Il convient, dès à présent, de relever que l'anticipation de la volonté révèle une limite du principe d'autonomie. En effet, la personne devant se projeter dans une situation qu'elle ne vit pas, sa volonté peut être biaisée par ses propres représentations¹³⁶⁰. En outre, l'évolution de la société ou les progrès de la médecine peuvent créer une différence entre la situation réelle et la situation projetée¹³⁶¹. Même en admettant que la projection dans l'avenir corresponde à la réalité, l'autodétermination n'est efficiente qu'en postulant que la volonté de la personne reste la même, n'évolue pas avec le temps (ou plus exactement n'aurait pas évolué puisque la personne n'est plus en état pour l'exprimer). Cela présuppose d'adopter le postulat selon lequel la personne devenu incapable de s'exprimer est restée la même personne¹³⁶². Il existe des mécanismes d'autodétermination de la personne tant en matière médicale (A) qu'en matière civile (B).

A) La volonté de la personne en matière médicale

586. La complexité de l'intervention de la volonté de la personne de manière anticipée en matière médicale s'explique par les problèmes éthiques soulevés par l'autodétermination

¹³⁵⁸ C. civ., art. 448.

Cet article permet également aux parents d'une personne handicapée de choisir le curateur ou tuteur de leur enfant dont ils assument la charge matérielle et affective, lorsqu'eux-mêmes ne pourront plus assumer cette prise en charge.

¹³⁵⁹ CPC, art. 1255.

¹³⁶⁰ C. DAOUT, « Les directives anticipées : vers un respect de l'être humain devenu incapable ? », *Ethique et Santé*, juin 2007, p. 82.

¹³⁶¹ S. HAAS, E. GUEDON, C. JOLY et P. DECHELOTTE, « Directives anticipées : quels enjeux et quelles recommandations pratiques ? », *Ethique et Santé*, décembre 2007, p. 222.

¹³⁶² Sur cette question voir : C. DAOUT, « Les directives anticipées : vers un respect de l'être humain devenu incapable ? », *Ethique et Santé*, juin 2007, p. 82 et S. HAAS, E. GUEDON, C. JOLY et P. DECHELOTTE, « Directives anticipées : quels enjeux et quelles recommandations pratiques ? », *Ethique et Santé*, décembre 2007, p. 222.

notamment en matière de fin de vie. En effet, le refus de soin du patient, expression de son autonomie, est confronté au principe de bienfaisance. Le refus du patient peut être dû à un choix raisonné, à un problème de communication ou à des contraintes naturelles ou idéologiques¹³⁶³. En outre, il est possible de se demander si un libre arbitre est réellement possible lorsque le patient est en fin de vie. Selon Axel Kahn, il est nécessaire de faire disparaître la douleur pour que les conditions d'une liberté de choix soient rétablies¹³⁶⁴.

587. En matière de fin de vie, l'autonomie de la volonté et le droit à la vie peuvent s'opposer¹³⁶⁵. La solution résultant de la confrontation de ces deux notions a évolué. En 1998, le Conseil consultatif national d'éthique relève qu'en France « *s'agissant du corps et de la santé, le respect de la personne est justifié par le principe de l'inviolabilité du corps humain, plus souvent que par la liberté qu'aurait la personne de décider ce qu'elle veut pour elle-même* » et que « *dans l'état actuel des choses le citoyen ne dispose pas pleinement d'un "droit de disposer de son corps". L'Etat exerce un "droit d'ingérence", à la fois au nom de la solidarité collective [...], et afin de protéger les individus contre des conduites dangereuses auxquelles ils risqueraient de s'exposer inconsidérément* ». ¹³⁶⁶ Il observe que lors de la promulgation des lois de bioéthique de 1994, ce n'est pas tant le consentement de la personne qui fonde l'action du médecin mais la nécessité thérapeutique. Cependant, il met en évidence que « *la référence plus fréquente à la nécessité du consentement montre toutefois que la doctrine selon laquelle le patient doit être protégé (y compris contre lui-même) est en train de céder du terrain à la doctrine de la responsabilité individuelle* ». La loi du 4 mars 2002 en consacrant la prééminence du consentement du patient a permis d'asseoir l'autonomie de celui-ci. En effet, elle prévoit que le médecin doit respecter la volonté de la personne et qu'il doit tout mettre en œuvre pour convaincre le patient d'accepter les soins indispensables, si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger. Le législateur a donc consacré un droit au refus de soin. Cependant, la jurisprudence a été réticente à reconnaître un droit absolu au refus de soin. La Haute

¹³⁶³ H. ROUSSET, « Libre propos sur l'avis n°87 du Comité consultatif national d'éthique : Refus de traitement et autonomie de la personne », Les Cahiers du CCNE n° 44, 2005, p. 27.

¹³⁶⁴ A. KAHN, *L'ultime liberté ?*, avec la collaboration de C. GLORION, Plon, Le grand livre du mois, 2008, p. 45.

¹³⁶⁵ N. LELIEVRE, *La fin de vie face au droit*, Heures de France, coll. Guides d'exercice professionnel des établissements sanitaires et médico-sociaux, 2009, p.58.

¹³⁶⁶ CCNE, avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998, p. 10.

juridiction administrative admettait que le médecin puisse passer outre le refus si la vie de la personne était en danger¹³⁶⁷.

588. Le Conseil consultatif national d'éthique dans son avis du 14 avril 2005 présente deux conceptions de l'autonomie : l'autonomie en tant qu'auto-limitation et l'autonomie en tant que « souveraineté individuelle »¹³⁶⁸. La loi du 22 avril 2005 relative aux droits de malades et à la fin de vie¹³⁶⁹ a substitué au « refus d'un traitement », le refus ou l'arrêt de « tout traitement ». Ce changement sémantique permet d'élargir le champ du droit au refus de soin. Le patient peut donc refuser toute intervention sur son corps et notamment l'alimentation artificielle¹³⁷⁰. Le Conseil consultatif national d'éthique relève que chez la personne âgée ou en fin de vie l'« *alimentation forcée peut être vécue non comme une thérapeutique ou un soin, mais comme une violence.* »¹³⁷¹ Le refus de la personne doit donc être respecté par le médecin même s'il a pour conséquence la mort du patient.

589. La loi du 22 avril 2005 relative aux droits de malades et à la fin de vie a créé les directives anticipées¹³⁷². Celles-ci permettent à la personne d'exprimer ses souhaits relatifs à

¹³⁶⁷ CE, 26 oct. 2001, RFDA 2002.146-155, concl. D. Chauvaux ; AJDA 2002, p. 259, note M. DEGUERGUE.

¹³⁶⁸ CCNE, avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, p. 24.

« - L'autonomie de la volonté entendue comme auto-limitation, intègre une dimension de maîtrise rationnelle de la sensibilité. Elle ne définit pas l'anomie (absence de loi) mais l'auto-législation (auto : soi-même, nomos : loi), la capacité du sujet à se soumettre aux seules lois qu'il s'est fixé à lui-même. Le défaut de cette conception « déontologique », inspirée de Kant, est de refuser les conflits de valeur. C'est la raison qui devrait, en chaque occurrence, mettre un terme aux conflits. Le médecin (au nom de la raison) risque alors de passer outre « l'autonomie » de la personne.

- L'autonomie de la volonté comme souveraineté individuelle. Cette conception a été promue au XIX^e siècle par le philosophe John Stuart Mill : « La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres (...) Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain » (*De la liberté*). La plus grande latitude possible est ici laissée aux individus, de sorte que le sens de l'autonomie s'étend à l'ensemble de tous les actes personnels qui n'ont pas été contraints par un tiers. L'autonomie de la volonté en tant que « souveraineté » consiste dans la possibilité d'avoir des préférences singulières et de se déterminer en fonction d'une conception du bien dont il appartient à chacun de déterminer librement le contenu. »

¹³⁶⁹ Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, JO du 23 avril 2005, p. 7089.

¹³⁷⁰ E. ALFANDARI et Ph. PEDROT, « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 », RDSS 2005, p. 751 ; G. ANTONOWICZ, *Fin de vie*, préf. M. ROCARD, B. Pascuito : l'Archipel, 2007, p. 71 ; J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, n° 170.

¹³⁷¹ CCNE, avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005, p. 10.

¹³⁷² Décret n°2006-119 du 6 février 2006 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique, JO du 7 février 2006, p. 1973.

sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement¹³⁷³. L'objectif est de garantir à la personne que ses souhaits seront pris en compte dans l'hypothèse où elle ne sera plus en état de manifester sa volonté. La mission d'évaluation de la loi du 22 avril 2005 constate que ce dispositif est resté généralement méconnu et sinon incompris¹³⁷⁴. Elle relève que la formulation de souhaits précis est limitée aux hypothèses dans lesquelles la personne est atteinte d'une maladie chronique dont l'évolution est connue du médecin¹³⁷⁵.

590. Les directives anticipées prennent la forme d'un document écrit, daté et signé par leur auteur qui doit indiquer ses nom, prénom, date et lieu de naissance¹³⁷⁶. Il convient de souligner que la possibilité de faire des directives anticipées est ouverte à toute personne majeure. La loi ne distingue pas selon la capacité de la personne. Dès lors que la personne protégée est en état d'exprimer sa volonté, elle peut rédiger des directives anticipées. Ainsi, un majeur sous tutelle ou curatelle peut le faire¹³⁷⁷. L'incapacité juridique n'est donc pas en soi une limite à l'expression et à la prise en compte de la volonté de la personne. Toutefois, la personne protégée devra être saine d'esprit lors de la rédaction des directives pour que l'acte¹³⁷⁸ soit valable¹³⁷⁹.

591. L'étude de ce dispositif permet de mettre en évidence ses limites tant au niveau de son objet qu'au niveau de son domaine d'application ou de sa portée. Tout d'abord, l'objet

¹³⁷³ CSP, art. L. 1111-11.

¹³⁷⁴ J. LEONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, enregistré par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008, Tome 1 : le rapport d'information n° 1287, solidaires devant la fin de vie, Assemblée nationale, Documents d'information, 2008, p. 25.

¹³⁷⁵ Ibid p. 26. (rapport évaluation loi 2005)

¹³⁷⁶ CSP, art. R. 1111-17.

Ce même article remplace l'exigence du document manuscrit par un document dont deux témoins attestent qu'il est l'expression de sa volonté libre et éclairée, lorsque la personne bien qu'en état d'exprimer sa volonté se trouve dans l'impossibilité d'écrire et de signer le document elle-même.

¹³⁷⁷ M.-F. CALLU, « Approche juridique des directives anticipées », *Ethique et Santé*, décembre 2007, p. 225 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », in dossier *Bioéthique et droits des usagers du système de santé*, *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23.

¹³⁷⁸ Pour une démonstration de la qualification des directives anticipées comme acte juridique voir : G. RAOUL-CORMEIL, « Les « directives anticipées » sur la fin de vie médicalisée », *RLDC* n° 30, septembre 2006, n° 2209, p. 57.

Pour une analyse plus nuancée voir : F. DREIFUSS-NETTER, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », in dossier *Bioéthique et droits des usagers du système de santé*, *Gaz. Pal.*, 10 juin 2006, n° 161, p. 23. Ce professeur constate que le régime des directives anticipées est différent de celui des actes juridiques.

¹³⁷⁹ C. civ., art. 414-1.

des directives anticipées semble limité à la question des conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement¹³⁸⁰. Dans la mesure où les directives anticipées portent spécifiquement sur la question de la limitation ou l'arrêt des traitements, elles ne peuvent envisager l'ensemble des actes médicaux. Cependant, elles doivent également être prises en compte par le médecin pour toutes les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement concernant un patient en fin de vie hors d'état de manifester sa volonté¹³⁸¹. La philosophie dégagée par les directives anticipées peut éclairer le médecin sur les souhaits du patient dans un domaine plus large que celui du traitement. Ainsi, les directives anticipées trouvent à s'appliquer au-delà de leur objet. Les souhaits de la personne auront des incidences au-delà de ce qui aura été expressément exprimé. Par conséquent, la limitation de l'objet des directives anticipées peut être critiquée. Dans un souci de respect de l'autonomie de la volonté, il serait préférable que la personne consciente puisse exprimer des souhaits sur l'ensemble des actes médicaux.

592. Ensuite, le champ d'application des directives anticipées est limité au domaine de la fin de vie. En effet, les directives anticipées doivent être prises en compte dès lors que se pose la question de l'arrêt ou de la limitation d'un traitement d'une personne hors d'état de manifester sa volonté alors que la personne qui a rédigé les directives se trouve en fin de vie¹³⁸² ou lorsque l'arrêt ou la limitation du traitement est susceptible de mettre la vie de la personne en danger¹³⁸³. Juridiquement, une personne est considérée en fin de vie lorsqu'elle se trouve en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause¹³⁸⁴. Cette limitation du champ d'application des directives anticipées résulte également du fait que l'article régissant la rédaction du document soit intégré à la section du Code de la santé publique relative à l'expression de la volonté du malade en fin de vie. Toutefois, il convient de relever qu'il est fait mention des directives anticipées dans une autre section de ce code. Tel est le cas de l'article L. 1111-4 qui se situe dans la section relative aux principes généraux. Cet article prévoit dans son cinquième alinéa que le médecin doit prendre en compte les directives anticipées lorsque l'arrêt ou la

¹³⁸⁰ CSP, art. L. 1111-11.

¹³⁸¹ CSP, art. L. 1111-11 al. 2.

¹³⁸² CSP, art. L. 1111-13.

¹³⁸³ CSP, art. L. 1111-4.

¹³⁸⁴ CSP, art. L. 1111-10.

limitation du traitement est susceptible de mettre en danger la vie du patient hors d'état de manifester sa volonté. Le champ d'application des directives anticipées n'est donc pas limité stricto sensu à la fin de vie. Lorsque la vie d'un patient est en danger, il est possible de considérer qu'il se rapproche de fait de sa fin de vie. La notion de fin de vie n'intervenant pas ici dans son sens juridique. De ce fait, le champ d'application des directives anticipées est limité à la fin de vie prise dans une large acception.

593. Enfin, la portée des directives anticipées est limitée. L'absence de certitude quant à la constance de la volonté du patient empêche de considérer les directives anticipées comme une manifestation de volonté susceptible de constituer un consentement à l'acte. A cet égard, les directives sont qualifiées « *d'expression indirecte de la volonté* »¹³⁸⁵ ou « *d'indice de volonté* »¹³⁸⁶. Par conséquent, les directives anticipées sont dénuées de force obligatoire. Le médecin n'est pas tenu de les suivre. Il doit seulement, mais obligatoirement, en tenir compte lors de sa prise de décision. Afin de limiter l'arbitraire de la décision prise par le corps médical, le législateur exige la motivation de la décision¹³⁸⁷. L'importance de cette motivation est accrue lorsque la décision va à l'encontre des directives anticipées. Cependant, la question peut se poser de savoir si le médecin est tenu de motiver une décision refusant d'arrêter les soins contrairement aux souhaits figurant dans les directives anticipées. Dans le texte législatif, l'exigence de motivation s'impose à « sa décision ». Il est donc possible de penser qu'en l'absence de distinction, la motivation de la décision est exigée tant pour une décision d'arrêt des traitements que pour une décision de refus d'arrêt des traitements¹³⁸⁸. Cependant, il est également possible de considérer que « sa décision » renvoie à la décision d'arrêt du traitement mentionnée dans la phrase précédente. C'est cette seconde interprétation qui est retenue par la mission d'évaluation de la loi du 22 avril 2005 qui propose d'imposer la motivation des décisions de refus d'arrêt de traitement

¹³⁸⁵ J. LEONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, enregistré par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008, Tome 1 : le rapport d'information n° 1287, solidaires devant la fin de vie, Assemblée nationale, Documents d'information, 2008, p. 25.

¹³⁸⁶ F. DREIFUSS-NETTER, « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », in dossier *Bioéthique et droits des usagers du système de santé*, Gaz. Pal., 10 juin 2006, n° 161, p. 23.

¹³⁸⁷ CSP, art. L. 1111-13 et R. 4127-37.

¹³⁸⁸ Voir en ce sens : G. ANTONOWICZ, *Fin de vie*, préf. M. ROCARD, B. PASCUITO : l'Archipel, 2007, p. 98.

opposées aux directives anticipées¹³⁸⁹. Malheureusement, cette proposition n'a pas été prise en compte lors de la réforme de la procédure collégiale. Le décret du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt est venu préciser que c'était la décision d'arrêt ou de limitation du traitement qui devait être motivée¹³⁹⁰. En dépit de la lettre du texte réglementaire, on peut toutefois espérer que l'élargissement des personnes à l'initiative de la procédure collégiale¹³⁹¹ contraindra de fait le médecin à justifier toute décision contraire aux directives anticipées.

594. Bien que les directives anticipées soient dépourvues de force obligatoire, il importe de constater qu'elles occupent une place très importante au sein de l'ensemble des éléments dont le médecin doit tenir compte. En effet, dans sa décision d'arrêter ou de limiter le traitement d'une personne en fin de vie, le médecin doit également tenir compte de l'avis de la personne de confiance, de la famille ou des proches du patient¹³⁹². Ces divers éléments pouvant être contradictoires, se pose la question de l'existence d'une éventuelle hiérarchie. Hors du cadre de la fin de vie, il n'existe pas de hiérarchie entre les avis non médicaux¹³⁹³. En revanche, l'article L. 1111-12 du Code de la santé publique établit une hiérarchie au sein des avis non médicaux. Comme cela a été vu précédemment, dans le cadre de la fin de vie d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté, l'avis de la personne de confiance prévaut sur les avis non médicaux émanant de personnes autres que le patient. Se pose alors la question de l'existence d'une hiérarchie entre l'avis de la personne de confiance et les directives anticipées. Le rapport d'information de la mission d'évaluation de la loi du 22 avril 2005 estime que les directives anticipées sont placées sur un plan d'égalité avec la personne de confiance. En effet, si l'article L. 1111-12 du Code de la santé publique

¹³⁸⁹ L'exigence de motivation des décisions de refus d'arrêt de traitement fait partie des propositions tendant à renforcer les droits des malades, émises dans le rapport réalisé par la mission d'évaluation de la loi du 22 avril 2005. (J. LEONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, enregistré par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008, Tome 1 : le rapport d'information n° 1287, solidaires devant la fin de vie, Assemblée nationale, Documents d'information, 2008, p. 183 et 238.

¹³⁹⁰ Décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt, JO 30 janvier 2010, p. 1869. (art. 1)

¹³⁹¹ Le décret n° 2010-107 du 29 janvier 2010 relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt (JO 30 janvier 2010, p. 1869) a ouvert la possibilité notamment au détenteur des directives anticipées de déclencher la procédure collégiale. (CSP, art. R. 4127-37)

Nota : un tel élargissement faisait partie des propositions tendant à renforcer les droits des malades, émises dans le rapport réalisé par la mission d'évaluation de la loi du 22 avril 2005. (rapport p. 183 et 238)

¹³⁹² CSP, art. L. 1111-13.

¹³⁹³ L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ne distingue pas entre les avis non médicaux.

prévoit que l'avis de la personne de confiance «*prévaut sur tout autre avis non médical, à l'exclusion des directives anticipées*», il ne prévoit pas expressément que les directives anticipées prévalent sur l'avis de la personne de confiance. Selon ce même rapport, «*ce serait une tâche impossible de demander au médecin d'accorder un crédit différent envers une volonté propre du patient exprimée à distance dans le temps et un avis exprimé présentement par un tiers sur la base d'un lien de confiance passé, le risque de modification dans le temps de la volonté du patient et celui d'une sensible mésinterprétation par la subjectivité de l'intermédiaire sont sensiblement équivalents.*»¹³⁹⁴ A l'inverse, la fiche d'information sur les droits des usagers relative aux directives anticipées indique que le contenu des directives prévaut sur l'avis de la personne de confiance¹³⁹⁵. Si la question d'une telle hiérarchie n'a pas fait l'objet de débats parlementaires, elle n'a pas pour autant été absente des travaux préparatoires de la loi du 22 avril 2005. En effet, le rapport du sénateur Gérard DERIOT affirme que les directives anticipées ont une force supérieure à l'avis exprimé par la personne de confiance¹³⁹⁶. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la majorité de la doctrine, s'accorde pour penser que les directives anticipées ont une valeur supérieure à l'avis de la personne de confiance¹³⁹⁷.

595. Ainsi, le champ laissé à l'autodétermination de manière anticipée au patient est restreint. Ceci s'explique par le fait que la volonté est fluctuante et que les problèmes médicaux de la personne sont souvent imprévisibles. Afin de limiter les risques de fluctuation de la volonté du patient entre le moment de la rédaction des directives et le moment où la question de leur exécution se pose, la durée de validité des directives est limitée à trois ans avant l'état d'inconscience de la personne¹³⁹⁸.

¹³⁹⁴ J. LEONETTI, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, enregistré par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008, Tome 1 : le rapport d'information n° 1287, solidaires devant la fin de vie, Assemblée nationale, Documents d'information, 2008, p. 28.

¹³⁹⁵ Fiche informative sur les droits des usagers proposée par le ministère du travail, de l'emploi et des solidarités. (http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/les_directives_anticipees.pdf)

¹³⁹⁶ Rapport n° 281 (2004-2005) de Gérard DERIOT, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 6 avril 2005.

¹³⁹⁷ Voir notamment en ce sens : G. ANTONOWICZ, *Fin de vie*, préf. M. ROCARD, B. PASCUITO : l'Archipel, 2007, p. 94 ; J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien, coll. Cours, 2010, n° 185, p. 101.

¹³⁹⁸ CSP, art. L. 1111-11 et R. 1111-18.

L'article réglementaire prévoit la possibilité de confirmer les directives pour une même durée.

596. Cette limitation de l'autonomie de la personne s'explique par l'opposition qui existe entre droit à la vie et autonomie de la personne.

B) La volonté de la personne en matière civile

597. Le mandat de protection future permet au mandant de préciser certains souhaits relativement à son mode de vie. Le modèle de mandat de protection future et sa notice d'information aident la personne dans la personnalisation de sa convention¹³⁹⁹.

598. Au niveau de la protection de la personne, le mandant est notamment invité à préciser son souhait quant à son maintien à domicile ainsi que ses préférences s'il devait être hébergé dans un milieu adapté à son état. Il peut également indiquer sa volonté de maintenir des relations personnelles avec des proches. Le souhait de la personne en matière de loisirs et de vacances est pris en compte. Il est possible de penser, que la personne puisse inscrire ses directives anticipées et notamment son refus d'acharnement thérapeutique¹⁴⁰⁰. Se poseront alors les problèmes de formalisme, de conservation, de durée de validité des directives et de leur libre révocation¹⁴⁰¹.

599. Au niveau de la protection du patrimoine, le mandant peut limiter la protection à une partie de son patrimoine, et notamment à certains biens. Il peut également indiquer qu'il souhaite que le mandataire veille sur ses animaux domestiques. Ainsi, une grande place est accordée à la volonté de la personne même si le modèle de mandat et sa notice orientent le mandant¹⁴⁰².

¹³⁹⁹ Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé (JO du 2 décembre 2007, p. 19537) modifié par Décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs (JO du 26 décembre 2009 p. 22311). Arrêté du 23 décembre 2009 relatif à la notice d'information jointe au modèle de mandat de protection future sous seing privé (JO du 26 décembre 2009, p. 22338).

¹⁴⁰⁰ Christilla GLASSON estime qu'il est préférable que les directives soient annexées au mandat de protection future notamment pour faciliter leur communication au médecin. (Ch. GLASSON, *Le mandat de protection future : des dispositions conventionnelles pour la fin de vie*, RDSS 2009, p. 890.)

¹⁴⁰¹ Les directives anticipées sont librement révocables tant que la personne est en état d'exprimer sa volonté alors que le mandat de protection future n'est révocable que tant qu'il n'a pas été mis en œuvre, c'est-à-dire tant que la personne est en mesure de pourvoir seule à ses intérêts.

¹⁴⁰² Jacques MASSIP considère que la notice explicative est « loin de traduire toutes les possibilités inscrites dans la loi et qui fait bon marché du principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. » J.

La volonté de la personne atteinte de trouble mental est donc prise en compte. Ceci permet de garantir son autonomie. L'autonomie est également un souhait des personnes handicapées mentales. Il convient donc de se demander si le législateur a pris en compte cette volonté.

Section 2 : La prise en compte de la volonté d'autonomie de la personne handicapée mentale

600. Le handicap est juridiquement défini comme *« toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant »*¹⁴⁰³. *La personne souffrant de trouble mental relève donc du champ d'application du droit du handicap »*

601. La loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées¹⁴⁰⁴ a créé une obligation nationale de solidarité à l'égard des personnes handicapées. Elle prévoit dans son article premier que *« la prévention et le dépistages des handicaps, les soins, l'éducation, la formation et l'orientation professionnelle, l'emploi, la garantie d'un minimum de ressource, l'intégration sociale et l'accès aux sports et aux loisirs du mineur et de l'adulte handicapés physiques, sensoriels ou mentaux constituent une obligation nationale. »*

602. La loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale¹⁴⁰⁵ est venue rappeler que les personnes handicapées ont le droit d'accéder aux droits fondamentaux¹⁴⁰⁶. Suite à cette intervention législative, le premier alinéa de l'article L. 114-1 prévoit que *« la prévention et le dépistage du handicap et l'accès du mineur ou de l'adulte handicapé physique, sensoriel ou mental aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens, notamment aux soins, à l'éducation, à la formation et à l'orientation professionnelle, à l'emploi, la garantie d'un minimum de ressources adaptées, à l'intégration sociale, à la liberté de déplacement et de*

MASSIP, *Le mandat de protection future*, Gaz. Pal. 14 juin 2008 n° 166, n° 9, p. 5 et Gaz. Pal. 17 juin 2008, n° 169, p. 5 ; LPA, 27 juin 2008, n° 129, n° 9, p. 11.

¹⁴⁰³ CASF, art. 114.

La définition du handicap est un des apports de la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

¹⁴⁰⁴ Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, JO du 1^{er} juillet 1975, p. 6596.

¹⁴⁰⁵ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002, p. 1008. (art.18)

¹⁴⁰⁶ F. BOCQUILLON, « Les dispositions relatives aux personnes handicapées dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 », RDSS 2002, p. 583.

*circulation, à une protection juridique, aux sports, aux loisirs, au tourisme et à la culture constituent une obligation nationale. »*¹⁴⁰⁷ Le champ de l'obligation de solidarité nationale a donc été élargi à l'ensemble des droits fondamentaux.

603. En dépit de l'ambition d'intégration affichée comme une obligation nationale, la loi de 1975 a révélé des limites. Elle a eu un impact considérable dans le champ du handicap mais l'objectif d'intégration n'a pas été atteint. Les progrès de la médecine ont permis d'augmenter d'une manière significative l'espérance de vie des personnes handicapées. Ceci a fait apparaître de nouvelles problématiques telles que la prise en charge des personnes handicapées vieillissantes relayées par l'inquiétude des parents sur le devenir de leur enfant après leur disparition¹⁴⁰⁸. En outre, les besoins et attentes des personnes handicapées ont évolué. Celles-ci aspirent légitimement à plus d'autonomie.

604. La loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation à la citoyenneté des personnes handicapées¹⁴⁰⁹ est organisée selon trois axes :

- *Garantir aux personnes handicapées le libre choix de leur projet de vie grâce à la compensation des conséquences de leur handicap et à un revenu d'existence favorisant une vie autonome digne,*
- *permettre une participation effective des personnes handicapées à la vie sociale grâce à l'organisation de la cité autour du principe d'accessibilité généralisée, qu'il s'agisse de l'école, de l'emploi, des transports, du cadre bâti ou encore de la culture et des loisirs,*
- *placer la personne handicapée au centre des dispositifs qui la concernent en substituant une logique de service à une logique administrative*¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ La rédaction de cet article a été modifiée par la loi du 11 février 2005, relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Désormais, l'article L. 114-1 alinéa 1 dispose : « *Toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté.* » Un principe général d'accès aux droits fondamentaux est réaffirmé par le législateur qui en 2005 a préféré supprimer toute énumération indicative.

¹⁴⁰⁸ Exposé des motifs de la loi du 11 février 2005.

¹⁴⁰⁹ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JO du 12 février 2005, p. 2353.

¹⁴¹⁰ Exposé des motifs de la loi du 11 février 2005.

605. L'autonomie de la personne souffrant de trouble mental passe par le libre choix de son projet de vie (§1) et par une participation effective à la vie sociale (§2)

Paragraphe 1 : Le libre choix du projet de vie

606. Afin d'assurer l'effectivité du libre choix de vie de la personne handicapée, le législateur a mis en place des dispositifs tendant à une autonomie financière. L'objectif est de créer les conditions financières permettant une vie autonome digne. L'allocation aux adultes handicapés¹⁴¹¹ vise à garantir un minimum de ressources aux personnes handicapées. Elle est servie comme une prestation familiale et est subordonnée à plusieurs conditions tenant notamment à la gravité du handicap, à la résidence, à l'âge, aux ressources de la personne handicapée¹⁴¹². A cette allocation s'ajoute la majoration pour la vie autonome¹⁴¹³ destinée à favoriser un maintien à domicile¹⁴¹⁴. La loi du 11 février 2005 a créé une garantie de ressource pour les personnes handicapées qui ne peuvent travailler¹⁴¹⁵. Elle est composée de l'AAH et du complément de ressource¹⁴¹⁶. Ce dernier s'ajoute à l'AAH mais de manière alternative à la majoration pour la vie autonome. L'ensemble de ces ressources prennent la forme d'une allocation financière forfaitaire. La garantie de ressources financières n'est donc pas individualisée.

607. Pour garantir un libre choix de vie personnalisée, la loi du 11 février 2005 a réaffirmé le principe de droit à compensation du handicap (I) et l'a rendu efficient en créant la prestation de compensation (II).

¹⁴¹¹ L'AAH a été créée par la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

¹⁴¹² CASF, art. L. 244-1 (reproduisant les règles contenues dans les articles L. 821-1 et suivant du Code de la sécurité sociale).

¹⁴¹³ La majoration pour la vie autonome a été substituée par la loi du 11 février 2005 au complément d'AAH qui avait été institué par la loi n°94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale (JO du 19 janvier 1994, p.960).

¹⁴¹⁴ CSS, art. L. 821-1-2.

¹⁴¹⁵ Pour pouvoir percevoir le complément de ressource, la capacité de travail de la personne handicapée doit être inférieure à 5% (CSS, art. D. 821-4)

La circulaire du 26 janvier 2006 définit les modalités d'appréciation de la capacité de travail (inférieure à 5 %) des personnes handicapées, condition permettant aux personnes handicapées titulaires de l'allocation aux adultes handicapés (AAH) de bénéficier du complément de ressources.

¹⁴¹⁶ CSS, art. L. 821-1-1.

I- Le droit à compensation

Il convient de présenter le lien qui unit les notions de handicap et de compensation (A) avant d'étudier la consécration du droit à compensation (B).

A) Le lien entre les notions de handicap et de compensation

608. L'analyse sémantique des termes compensation et handicap démontrent que ces notions ont toujours été liées.

609. Le terme de handicap désigne une « *épreuve course ou concours, dans lesquels les concurrents reçoivent ou rendent une avance de temps, de poids, de distance ou de points, de manière qu'ils aient tous, malgré leur valeur différente, une chance de victoire* »¹⁴¹⁷. Il est également défini comme un « *désavantage souvent naturel, une infériorité que l'on doit supporter* ». La polysémie du terme handicap résulte de son origine sémantique. Le vocable est issu de la contraction de trois mots anglais : « *hand in cap* » signifiant la main dans le chapeau ou la casquette¹⁴¹⁸. Le nom de handicap a été donné, au XVII^e siècle en Angleterre, à une sorte de jeu de hasard dans lequel une personne proposait d'acquérir un objet familier qui appartenait à une autre personne, en lui offrant en échange un objet lui appartenant. Pour évaluer la différence entre les valeurs des deux objets, un arbitre appelé « *handicapper* » était désigné. Cette pratique est à l'origine du système d'échange à parts égales. Puis, le terme est utilisé au XVIII^e dans le monde sportif et hippique. Après avoir traversé la Manche, la course à handicap désigna l'évènement sportif précédemment défini.

610. Il faut attendre les années quarante pour que le mot handicap glisse du domaine sportif¹⁴¹⁹ à la sphère médicale. « *Le handicapé devint alors un être placé par sa différence, en situation d'infériorité (...) alors qu'à l'origine, il était favorisé par la nature, ce qui exigeait de limiter ses capacités. Et le handicap est un désavantage* »¹⁴²⁰. Il est curieux d'observer un tel renversement de sens. Initialement, l'animal handicapé était un animal qui avait été

¹⁴¹⁷ Dictionnaire de la langue française, Larousse.

¹⁴¹⁸ M. JAEGER, *Guide du secteur social et médico-social*, 5^{ème} éd., DUNOD, 2004, p. 145.

¹⁴¹⁹ Seul le sens turfiste est donné dans les dictionnaires jusqu'aux années 20.

¹⁴²⁰ *Le Handicap, Droit, Histoire, Médecine*, Colloque de Montpellier des 6 et 7 novembre 2003, organisé par le Centre de Droit de la Santé de la Faculté de droit d'Aix-Marseille III et le Centre Européen d'Etudes et de Recherche Droit et Santé de la Faculté de droit de Montpellier, sous la direction d'Antoine LECA et de François VIALLA, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

avantage par la nature. Alors que de nos jours, la personne handicapée est celle qui souffre d'un désavantage.

611. Progressivement, l'usage du terme handicapé supplante celui des mots infirme, invalide, inadapté, paralysé, mutilé ou aliéné. L'élargissement de l'usage du mot handicap a conduit à sa banalisation. L'emploi du terme dépasse la sphère médicale pour s'étendre au domaine économique. A titre d'exemple, il n'est pas rare d'entendre parler d'un pays handicapé par rapport à un autre, notamment sur le plan de son industrie. Il convient de noter que si l'usage du terme handicap s'est répandu en France, tel n'est pas le cas dans son pays d'origine. Dans les pays anglophones le terme de « *disability* » (incapacité, infirmité, désavantage) s'est substitué à « handicap » jugé trop stigmatisant et dévalorisant.

612. Le terme de compensation désigne « *un avantage qui compense un inconvénient, un mal, un préjudice* »¹⁴²¹. Il a pour origine latine le terme *compensatio* et, est un dérivé du verbe compenser qui signifie « *contrebalancer, équilibrer un effet par un autre, neutraliser un inconvénient, un préjudice, par un avantage, un dédommagement* »¹⁴²². Juridiquement, la compensation désigne « *toute espèce de dédommagement, notamment la réparation du préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation* »¹⁴²³. Dans le domaine du handicap, la compensation serait « *le droit pour toute personne handicapée d'obtenir de la société la juste réparation d'un dommage mais dont on ignore l'origine ou la cause. Il s'agit en quelque sorte de réparer, en l'absence de faute, un dommage sans auteur* »¹⁴²⁴.

613. Les notions de handicap et de compensation ont en commun les concepts d'avantages ou d'inconvénients. En outre, la nécessité de rééquilibrer la situation de fait se trouvait déjà dans la définition originelle du mot handicap.

¹⁴²¹ Dictionnaire de la langue française, Larousse.

¹⁴²² Dictionnaire de la langue française, Larousse.

¹⁴²³ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriga.

¹⁴²⁴ A.-S. PARISOT, « Droit à compensation et droit au recours », in *Droit public et handicap*, sous dir. O. GUEZOU et S. MANSON, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, n° 370.

B) L'affirmation du droit à compensation

614. Régis DEVOLDERE écrit « *La personne handicapée, quelle que soit la nature de sa déficience, est d'abord une personne. Ordinaire parce qu'elle dispose des droits de tous et accomplit les obligations de chacun. Singulière parce qu'en plus de tous, elle en connaît d'autres, qui lui sont propres, qui résultent de son handicap et qui appellent d'être compensés. C'est à la solidarité collective qu'il appartient d'ailleurs de reconnaître et de garantir cette compensation. La personne handicapée mentale est porteuse de manière permanente d'une déficience intellectuelle dont l'origine peut être très diverse. Cette déficience provoque un handicap car elle touche à différentes fonctions : la compréhension, la mémoire, l'analyse des situations, la prise de décisions...* »¹⁴²⁵.

615. La loi du 30 juin 1975 posait l'intégration sociale de la personne handicapée comme une obligation nationale mais ne se référait pas au concept de compensation.

616. La loi 17 janvier 2002 de modernisation sociale pose le principe de la compensation¹⁴²⁶. En effet, elle affirme que « *la personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie, et à la garantie d'un minimum de ressources lui permettant de couvrir la totalité des besoins essentiels de la vie courante* »¹⁴²⁷.

617. La loi du 4 mars 2002 rappelle que « *toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale* »¹⁴²⁸.

618. La loi du 11 février 2005 est venue donner un contenu au droit à compensation. Il consiste à répondre aux besoins, aux attentes et au projet de vie de la personne. Il concerne l'ensemble des besoins de la personne qu'il s'agisse de « *l'accueil de la petite enfance, de la scolarité, de l'enseignement, de l'éducation, de l'insertion professionnelle, des aménagements du domicile ou du cadre de travail nécessaires au plein exercice de sa citoyenneté et de sa capacité d'autonomie, du développement ou de l'aménagement de l'offre de service, permettant notamment à l'entourage de la personne handicapée de*

¹⁴²⁵ R. DEVOLDERE, « La personne handicapée mentale acteur de sa propre vie », *Réadaptation*, n° 480, mai 2001, page 12.

¹⁴²⁶ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002, p. 1008. (art. 1)

¹⁴²⁷ CASF, art. 114-1 al. 2 ancien.

¹⁴²⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO du 5 mars 2002, p. 4118.(art. 1)

bénéficiaire de temps de répit, du développement de groupes d'entraide mutuelle ou de places en établissements spécialisés, des aides de toute nature à la personne ou aux institutions pour vivre en milieu ordinaire ou adapté, ou encore en matière d'accès aux procédures et aux institutions spécifiques au handicap ou aux moyens et prestations accompagnant la mise en œuvre de la protection juridique »¹⁴²⁹.

619. Ainsi, le droit à compensation doit permettre à la personne handicapée de pallier aux conséquences de son handicap dans sa vie quotidienne. Il vise à permettre un accès effectif à toutes les aides nécessaires pour compenser le handicap. Il s'agit donc d'une prestation individualisée qui doit prendre en compte l'accompagnement nécessaire aux personnes qui ne peuvent exprimer seules leurs besoins.

L'effectivité du droit à compensation passe par l'adoption du plan personnalisé de compensation.

II- La mise en œuvre du droit à compensation

L'adoption du plan personnalisé de compensation (A) est un préalable nécessaire à la mise en œuvre du droit à compensation (B).

A) L'établissement du plan personnalisé de compensation

620. L'article L. 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles prévoit dans son dernier alinéa que « *Les besoins de compensation sont inscrits dans un plan élaboré en considération des besoins et des aspirations de la personne handicapée tels qu'ils sont exprimés dans son projet de vie, formulé par la personne elle-même ou, à défaut, avec ou pour elle par son représentant légal lorsqu'elle ne peut exprimer son avis.* ». Le projet de vie est la base du plan personnalisé de compensation (1) qui est proposé par la commission pluridisciplinaire (2).

¹⁴²⁹CASF, art. L. 114-1-1.

1) Le projet de vie support du plan personnalisé de compensation

621. Le projet de vie est une contribution de la personne handicapée à la définition de ses besoins, ses souhaits et ses aspirations. Il peut prendre la forme d'un écrit ou d'un autre support adapté au handicap de la personne. Il est élaboré par la personne elle-même ou lorsqu'elle ne peut exprimer son avis, avec l'aide ou par son représentant légal.

622. La personne handicapée peut demander à la Maison départementale des personnes handicapées de l'aider dans la formulation de son projet de vie. En effet, cette aide entre dans les missions de la MDPH¹⁴³⁰.

623. L'élaboration du projet de vie n'est pas une obligation. Cependant, il permet d'établir un plan de compensation individualisé. En effet, la personne handicapée est la mieux à même de définir son projet de vie qui est très certainement différent de celui d'une autre personne présentant la même déficience. Le droit à compensation ne vise pas uniquement à répondre aux conséquences d'un handicap appréciées de manière abstraite. Il vise à répondre aux besoins d'une personne de manière concrète.

2) La proposition du plan personnalisé de compensation par l'équipe pluridisciplinaire

624. L'objectif du plan personnalisé de compensation est de pallier aux limitations d'activités ou restrictions de participation à la vie en société rencontrées par la personne handicapée. L'établissement de ce plan suppose l'évaluation du taux d'incapacité de la personne¹⁴³¹ par l'équipe pluridisciplinaire de la Maison départementale des personnes handicapées¹⁴³².

625. L'équipe pluridisciplinaire évalue les besoins de compensation de la personne handicapée en tenant compte de ses souhaits, formalisés dans son projet de vie¹⁴³³. Pour

¹⁴³⁰ CASF, art. L. 146-3 al. 5 et R. 146-28.

¹⁴³¹ Pour fixer le taux d'incapacité l'équipe pluridisciplinaire utilise le guide barème figurant à l'annexe 2-4 au décret n° 2004-1136 du 21 octobre 2004 relatif au code de l'action sociale et des familles.

¹⁴³² CASF, art. L 245-2 al. 2.

¹⁴³³ CASF, art. R. 146-28.

accomplir sa mission, l'équipe pluridisciplinaire dispose d'un guide d'évaluation¹⁴³⁴. Celui-ci prend en compte l'ensemble de la situation notamment matérielle, familiale, sanitaire, professionnelle et psychologique de la personne handicapée.

626. Dans la mesure du possible, le plan personnalisé de compensation contient un volet relatif à l'insertion professionnelle de l'intéressé¹⁴³⁵. Il comporte également des propositions concernant les droits et prestations auxquels la personne peut prétendre.

B) La prestation de compensation

627. L'objectif de cette prestation de compensation du handicap est de permettre à chaque personne handicapée d'avoir droit aux aides qui lui auront été reconnues nécessaires pour compenser les conséquences de son handicap¹⁴³⁶. Elle a été créée par la loi du 11 février 2005 et a vocation à remplacer l'allocation compensatrice pour tierce personne qui ne compensait que certains coûts¹⁴³⁷.

628. Désormais, la prestation de compensation est destinée à financer cinq types d'aides : des aides humaines (y compris des aidants familiaux), des aides techniques, des aides liées à l'aménagement du logement, du véhicule ou le financement des surcoûts liés au transport, des aides spécifiques ou exceptionnelles et des aides animalières¹⁴³⁸. Elle prend la forme d'une prestation en nature qui peut être versée en nature ou en espèces¹⁴³⁹.

629. Cette prestation est soumise à des conditions liées à la résidence¹⁴⁴⁰, à l'âge de la personne¹⁴⁴¹ et au handicap. En revanche, elle n'est pas soumise à une condition de ressource. A la différence des autres allocations, le critère lié au handicap pour la prestation de compensation ne se mesure pas avec le taux d'incapacité. En l'espèce, le critère retenu

¹⁴³⁴ Arrêté du 6 février 2008 relatif aux références et nomenclatures applicables au guide d'évaluation des besoins de compensation des personnes handicapées prévu à l'article R. 146-28 du code de l'action sociale et des familles, JO du 6 mai 2008, p. 7489.

¹⁴³⁵ CASF, art. R. 146-29.

¹⁴³⁶ Motifs loi du 11 février 2005.

¹⁴³⁷ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2009, p. 457, n° 441.

¹⁴³⁸ CASF, art. L. 245-3.

¹⁴³⁹ CASF, art. L. 245-1 al. 1.

¹⁴⁴⁰ CASF, art. R. 245-1.

¹⁴⁴¹ CASF, art. R. 245-3.

est celui de la difficulté absolue à la réalisation d'une activité essentielle de la vie quotidienne (se laver, se déplacer...) ou une difficulté grave pour au moins deux activités¹⁴⁴².

630. La prestation de compensation est accordée par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées¹⁴⁴³. La CDAPH se prononce par rapport au plan de compensation établi par l'équipe pluridisciplinaire et au projet de vie formulée par la personne.

Paragraphe 2 : La participation à une vie sociale autonome

631. La participation à la vie sociale de la personne handicapée peut être abordée sous deux angles différents. La vie sociale, prise dans sa dimension individuelle suppose que la personne puisse participer à la vie en société, qu'elle y ait accès (II), tandis que la vie sociale, prise dans une dimension plus collective, c'est-à-dire en considérant la personne en tant que membre de la société civile, suppose que la personne soit consultée sur les politiques qui la concerne (I).

I- La consultation des personnes handicapées

632. Afin de permettre aux personnes handicapées de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques les concernant la loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées a créé le Conseil national consultatif des personnes handicapées (A) et le Conseil départemental consultatif des personnes handicapées (B). La loi de modernisation a intégré ce dispositif dans le Code de l'action sociale et des familles tout en le précisant¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴²CASF, art.R. 245-4.

¹⁴⁴³CASF, art.L. 245-2 al. 1.

¹⁴⁴⁴M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2009, p. 119, n° 120.

A) Le Conseil national consultatif des personnes handicapées

633. Initialement le Conseil national consultatif des personnes handicapées pouvait être consulté par les ministres compétents sur tout projet, programme ou étude intéressant les personnes handicapées. En outre, il pouvait se saisir de toute question relative à la politique concernant les personnes handicapées¹⁴⁴⁵. Depuis la loi du 11 février 2005, cette instance est également chargée d'évaluer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires à la prise en charge de ces personnes¹⁴⁴⁶.

634. Le CNCPH comprend notamment des représentants des associations ou organismes regroupant des personnes handicapées ou leurs familles, ou œuvrant dans le domaine du handicap¹⁴⁴⁷. Il comprend également un député et un sénateur. Ceci permet de sensibiliser les assemblées à la question du handicap.

635. Chaque année, le CNCPH doit remettre un rapport sur l'application de la politique intéressant les personnes handicapées, qui intègre les contributions apportées par les conseils départementaux consultatifs des personnes handicapées¹⁴⁴⁸.

B) Le Conseil départemental consultatif des personnes handicapées

636. La loi de modernisation sociale a confié au CDCPH la mission de recenser le nombre de personnes handicapées sur le territoire de référence ainsi que la nature de leur handicap¹⁴⁴⁹. Cette enquête a permis d'établir les besoins des personnes handicapées du département.

637. Le CDCPH est chargé de donner un avis et de formuler des propositions sur « *les orientations de la politique du handicap dans tous les domaines de la vie sociale et sur les mesures à mettre en œuvre au plan local pour assurer la coordination des interventions de*

¹⁴⁴⁵CASF, art.L. 146-1 ancien.

¹⁴⁴⁶CASF, art. L. 146-1.

¹⁴⁴⁷CASF, art.D. 146-1.

¹⁴⁴⁸CASF, art. D. 146-8.

¹⁴⁴⁹CASF, art. L. 146-2.

*tous les partenaires institutionnels ou associatifs, notamment en matière de scolarisation, d'intégration sociale et professionnelle, d'accessibilité, de logement, de transport, d'accès aux aides humaines ou techniques et d'accès au sport, aux loisirs, au tourisme et à la culture »*¹⁴⁵⁰. Le domaine couvert par la consultation à l'échelon local est donc très vaste.

638. En outre, chaque année, le CDCPH doit transmettre au CNCPH un rapport sur l'application de la politique du handicap dans le département. Pour établir ce rapport, le CDCPH a notamment à sa disposition, le bilan d'activité de la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, le contenu et le bilan d'application du programme départemental d'insertion des travailleurs handicapés et des schémas d'équipement et d'accompagnement des personnes handicapées dans le département¹⁴⁵¹.

639. Le CDCPH comprend pour un tiers des représentants de l'Etat dans le département et des représentants des collectivités territoriales. Un autre tiers est composé des représentants dans le département des associations de personnes handicapées et de leurs familles. Le dernier tiers comprenant des personnes en activité au sein des principales professions de l'action sanitaire et sociale et de l'insertion professionnelle en direction des personnes handicapées et de personnalités qualifiées¹⁴⁵². Cette répartition a le mérite de mettre en place un équilibre entre les différents intérêts en présence, même si elle n'assure pas une majorité au groupe représentant les personnes handicapées et leur famille.

640. Par conséquent, le CDCPH permet aux personnes handicapées de faire entendre leurs revendications. Il constitue en lui-même une forme de participation à la vie sociale qui ne peut être que source d'autonomie pour la personne.

¹⁴⁵⁰CASF, art. L. 146-2.

¹⁴⁵¹CASF, art. L. 146-2.

¹⁴⁵²CASF, art. D. 146-10.

II- L'accessibilité à une vie sociale autonome

641. L'intégration à la vie sociale passe par l'insertion professionnelle (A) et par une accessibilité à la cité (B)

A) L'accessibilité à une vie professionnelle

642. Le droit du travail et le handicap ont depuis longtemps entretenu des liens étroits. Il n'est pas anodin de constater que le terme handicap apparaît pour la première fois dans un texte législatif, dans la loi du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés¹⁴⁵³. Cette loi est à l'origine des ateliers protégés. La loi du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées prévoyait que *« l'emploi et le reclassement des personnes handicapées constituent un élément de la politique de l'emploi et sont l'objet de concertation notamment avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, les organismes ou associations de handicapés et les organismes ou associations spécialisés »*¹⁴⁵⁴. La loi du 11 février 2005 est venue compléter le dispositif mis en place en affirmant le principe de non-discrimination et en donnant la priorité au travail en milieu ordinaire.

643. La loi du 11 février 2005 est fondée sur le principe de non- discrimination. Ce principe est également affirmé dans la recommandation du Conseil de l'Europe relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux¹⁴⁵⁵. Il trouve à s'appliquer dans le cadre professionnel. En effet, l'article L. 1132-1 du Code du travail dispose dans son premier alinéa *« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation,*

¹⁴⁵³Loi n°57-1223 du 23 novembre 1957 sur le reclassement des travailleurs handicapés, JO du 24 novembre 1957, p. 10858.

¹⁴⁵⁴Loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées, art. 12.

¹⁴⁵⁵Recommandation (2004)10 adoptée par le Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 22 septembre 2004 relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, (art. 6)

de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap ». Toutefois, les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées¹⁴⁵⁶.

644. Depuis 1975, la politique de l'emploi recouvre deux objets : le reclassement (1) et l'emploi (2).

1) Le reclassement

645. L'article L. 5213-1 du Code du travail définit la notion de travailleur handicapé. Selon ce texte, « *est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique* ».

646. Le reclassement des travailleurs handicapés comporte : la réadaptation fonctionnelle (complétée éventuellement par un ré-entraînement à l'effort), l'orientation, la rééducation ou la formation professionnelle pouvant inclure un ré-entraînement scolaire et le placement¹⁴⁵⁷.

647. La Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées joue un rôle central dans le reclassement des travailleurs handicapés¹⁴⁵⁸. Elle est compétente pour se

¹⁴⁵⁶C. trav., art.L. 1133-1.

¹⁴⁵⁷C. trav., art.L. 5211-1.

¹⁴⁵⁸C. DELPECH, M. FRAYSSINET, M. GOUPIL [et al ...], *Les droits des personnes handicapées, guide pratique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2007, p. 325, n° 813.

Nota : avant la loi du 11 février 2005, c'était la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) qui était compétente.

prononcer sur l'orientation de la personne handicapée et les mesures propres à assurer son insertion professionnelle, pour désigner les établissements ou les services correspondant aux besoins concourant à la rééducation, au reclassement et à l'accueil de l'adulte handicapé et en mesure de l'accueillir et pour reconnaître, s'il y a lieu, la qualité de travailleur handicapé¹⁴⁵⁹. Il existe des centres de préorientation qui accueillent la personne handicapée lorsque l'orientation de celle-ci présente des difficultés particulières¹⁴⁶⁰.

648. La reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé s'accompagne d'une orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle¹⁴⁶¹.

649. Tout travailleur handicapé peut bénéficier d'une réadaptation, d'une rééducation ou d'une formation professionnelle¹⁴⁶². Il existe plusieurs types de centres de rééducation¹⁴⁶³. Certains centres d'éducation et de rééducation professionnelle sont créés par l'Etat, une collectivité publique ou une personne publique (dont notamment les écoles de reconversion)¹⁴⁶⁴. D'autres sont créés par les organismes de sécurité sociale ou d'autres organismes privés¹⁴⁶⁵. Il peut s'agir également de centres collectifs ou d'entreprises agréées, d'organismes de formation au titre d'actions agréées ou d'un employeur¹⁴⁶⁶.

650. Le travailleur handicapé bénéficie des aides financières accordées aux stagiaires de la formation professionnelle¹⁴⁶⁷. A l'issue de son stage, il peut bénéficier de primes destinées à faciliter son reclassement dont le montant et les conditions d'attribution sont déterminés par l'association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁵⁹ CASF, art. L. 241-6 et C. trav., art. L. 5213-2.

¹⁴⁶⁰ C. trav., art. R. 5213-1 et s.

¹⁴⁶¹ C. trav., art. L. 5213-2.

¹⁴⁶² C. trav., art. L. 5213-3.

¹⁴⁶³ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2009, p. 463, n°449.

¹⁴⁶⁴ C. trav., art. R. 5213-9 1°.

¹⁴⁶⁵ C. trav., art. R. 5213-9 2° et 3°.

¹⁴⁶⁶ C. trav., art. R. 5213-9 4°, 5° et 6°.

¹⁴⁶⁷ C. trav., art. L. 5213-4 al. 1.

¹⁴⁶⁸ C. trav., art. L. 5213-4 al. 2.

651. Il convient de relever qu'en pratique, le système de reclassement professionnel ne fonctionne pas de manière optimale. L'offre de formation révèle des disparités sur le territoire et n'est pas forcément adaptée aux besoins des travailleurs handicapés¹⁴⁶⁹.

2) L'emploi

652. L'aide à l'emploi des personnes handicapées passe par une obligation d'emploi, une obligation d'adaptation du poste et une diversification des types d'entreprises.

653. Pour ce qui concerne l'obligation d'emploi, elle a été créée par la loi du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés¹⁴⁷⁰. Il est fait obligation aux entreprises de plus de vingt salariés, d'employer dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés, à temps plein ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés¹⁴⁷¹. Cette obligation est mise à la charge de tout employeur que celui-ci soit une entreprise privée, établissement public industriel et commercial¹⁴⁷² ou l'Etat. Les bénéficiaires de cette obligation sont prévus par l'article L. 5213-13 du Code du travail¹⁴⁷³. Pour exécuter son obligation, l'employeur peut embaucher directement un travailleur

¹⁴⁶⁹ M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2009, p. 463, n°449.

¹⁴⁷⁰ Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JO du 12 juillet 1987, p. 7822.

¹⁴⁷¹ C. trav., art. L. 5212-2.

¹⁴⁷² C. trav., art.L. 5212-1.

¹⁴⁷³ L'article L. 5213-13 du Code du travail prévoit que bénéficient de l'obligation d'emploi :

« 1° Les travailleurs reconnus handicapés par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées;

2° Les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime de protection sociale obligatoire,

3° Les titulaires d'une pension d'invalidité attribuée au titre du régime général de sécurité sociale, de tout autre régime de protection sociale obligatoire ou au titre des dispositions régissant les agents publics à condition que l'invalidité des intéressés réduise au moins des deux tiers leur capacité de travail ou de gain,

4° Les bénéficiaires mentionnés à l'article L. 394 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre,

5° Les bénéficiaires mentionnés aux articles L. 395 et L. 396 du même code,

6° Abrogé ; 7° Abrogé ; 8° Abrogé,

9° Les titulaires d'une allocation ou d'une rente d'invalidité attribuée dans les conditions définies par la loi n° 91-1389 du 31 décembre 1991 relative à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contractée en service,

10° Les titulaires de la carte d'invalidité définie à l'article L. 241-3 du code de l'action sociale et des familles,

11° Les titulaires de l'allocation aux adultes handicapés. »

handicapé, passer des contrats de sous-traitance avec le secteur protégé ou adapté¹⁴⁷⁴, faire application d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement agréé prévoyant la mise en œuvre d'un programme annuel ou pluriannuel en faveur des travailleurs handicapés¹⁴⁷⁵, ou verser une contribution au fonds pour l'insertion des personnes handicapées¹⁴⁷⁶. Ce fonds est géré par l'Association de gestion du fonds pour l'insertion des personnes handicapées (AGEFIPH). En outre, la loi du 11 février 2005 a rendu effective l'obligation d'emploi dans la fonction publique. En effet, avant cette loi, l'obligation existait mais sa méconnaissance n'était pas sanctionnée. La loi du 11 février 2005 a créé un fonds d'insertion professionnelle commun aux trois fonctions publiques (hospitalière, territoriale et d'Etat)¹⁴⁷⁷.

654. Pour ce qui concerne l'adaptation du poste, l'employeur doit mettre en œuvre des mesures d'aménagement de nature à permettre aux personnes handicapées l'accès à l'emploi, l'exercice de l'activité professionnelle et sa conservation¹⁴⁷⁸. L'accent est mis notamment sur l'aménagement du temps de travail¹⁴⁷⁹. Cette obligation trouve une limite lorsque l'exécution de cette obligation entraîne des charges excessives pour l'entreprise. L'AGEFIPH peut consentir une aide financière aux employeurs¹⁴⁸⁰ destinée notamment à l'adaptation des machines ou des outillages, à l'aménagement de postes de travail, y compris l'équipement individuel nécessaire aux travailleurs handicapés pour occuper ces postes, et à l'accès au lieu de travail¹⁴⁸¹. En outre, la loi du 11 février 2005 est venue préciser que les mesures prises pour adapter l'emploi à une personne handicapée ne constituent pas une discrimination¹⁴⁸². Par ailleurs, des organismes de placement spécialisés en charge de la préparation, de l'accompagnement et du suivi durable dans l'emploi des personnes handicapées, participent au dispositif d'insertion professionnelle et d'accompagnement

¹⁴⁷⁴ C. trav., art. L. 5212-6.

¹⁴⁷⁵ C. trav., art. L. 5212-8.

¹⁴⁷⁶ C. trav., art. L. 5212-6.

¹⁴⁷⁷ La loi du 11 février 2005 (art. 32 et s.) a modifié la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat (JO du 12 janvier 1984, p. 271), la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale (JO du 27 janvier 1984, p. 441) et la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière (JO du 11 janvier 1986, p. 535).

¹⁴⁷⁸ C. trav., art. L. 5213-9.

¹⁴⁷⁹ C. trav., art. L. 3122-6.

¹⁴⁸⁰ C. trav., art. L. 5213-10.

¹⁴⁸¹ C. trav., art. R. 5213-32.

¹⁴⁸² C. trav., art. L. 1133-4.

particulier pendant la période d'adaptation au poste de travail des travailleurs handicapés¹⁴⁸³. Ces organismes de placement spécialisés font partie du réseau « cap emploi »¹⁴⁸⁴.

655. Pour ce qui concerne les structures accueillant les travailleurs handicapés, il existe une distinction entre le milieu de travail ordinaire et le milieu protégé. La loi du 11 février 2005 consacre le principe de la priorité de l'orientation du travailleur handicapé en milieu de travail ordinaire. Celui-ci comprend l'ensemble des entreprises du secteur privé et public mais également depuis 2005, les entreprises adaptées (anciens ateliers protégés) et les centres de distribution de travail à domicile¹⁴⁸⁵. Ces structures spécialisées comprennent au moins 80 % de travailleurs handicapés orientés vers le marché du travail par la CDAPH. Elles offrent des conditions de travail adaptées au travailleur handicapé. Elles favorisent la réalisation de leur projet professionnel en vue de la valorisation de leurs compétences, de leur promotion et de leur mobilité au sein de la structure elle-même ou vers d'autres entreprises. Ce n'est que lorsque une orientation sur le marché du travail ordinaire s'avère impossible que les personnes handicapées sont orientées vers le milieu protégé¹⁴⁸⁶. Il comprend les établissements ou services d'aide par le travail (qui sont les anciens CAT). Les ESAT sont des établissements médico-sociaux¹⁴⁸⁷. Le travailleur handicapé n'a pas le statut de salarié¹⁴⁸⁸ mais conclut un contrat de soutien et d'aide par le travail¹⁴⁸⁹. La priorité donnée à l'orientation vers le milieu de travail ordinaire permet de faciliter l'intégration sociale de la personne handicapée.

¹⁴⁸³ C. trav., art.R. 5213-7.

¹⁴⁸⁴ C. DELPECH, M. FRAYSSINET, M. GOUPIL [et al ...], *Les droits des personnes handicapées, guide pratique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2007, p. 326, n° 817.

¹⁴⁸⁵ C. trav., art. L. 5213-13.

¹⁴⁸⁶ C. trav., art. L. 5213-20.

¹⁴⁸⁷ CASF, art. L. 312-1 5°.

¹⁴⁸⁸ V. F. MANANGA, « Le statut du travailleur handicapé mental en Etablissement ou Service d'Aide par le Travail (ESAT) et l'application du droit du travail », *Rev. dr. trav.* 2008, p. 89.

¹⁴⁸⁹ CASF, art. L. 311-4 et R. D. 311-0-1.

B) L'accessibilité à la cité

656. L'intégration de la personne handicapée mentale nécessite qu'elle puisse accéder à la vie sociale. La loi du 13 juillet 1991¹⁴⁹⁰ était destinée à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public. La loi du 11 février 2005 présente l'accessibilité comme un « impératif démocratique »¹⁴⁹¹. Elle a généralisé le principe de l'accessibilité en l'appliquant à l'ensemble de la chaîne du déplacement, qui comprend le cadre bâti, la voirie, les aménagements des espaces publics, les systèmes de transport et leur intermodalité¹⁴⁹². Afin d'assurer l'effectivité de cette obligation de mise en accessibilité de la cité, la loi a prévu des délais et limité les dérogations¹⁴⁹³. En outre, la loi a créé la commission communale pour l'accessibilité aux personnes handicapées qui a pour mission de dresser « *le constat de l'état d'accessibilité du cadre bâti existant, de la voirie, des espaces publics et des transports. Elle établit un rapport annuel présenté en conseil municipal et fait toutes propositions utiles de nature à améliorer la mise en accessibilité de l'existant* »¹⁴⁹⁴.

657. Le principe d'accessibilité s'applique quel que soit le handicap¹⁴⁹⁵. La déficience intellectuelle influe sur la compréhension, la mémoire, l'analyse de situation et la prise de décision de la personne. Au vu de ce constat, l'accessibilité à la vie sociale de la personne handicapée mentale ne peut se résumer à une mise en conformité du cadre bâti pensée pour les personnes à mobilité réduite. Il est nécessaire d'adapter l'environnement aux

¹⁴⁹⁰ Loi n° 91-663 du 13 juillet 1991 portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public, JO du 19 juillet 1991, p. 9531.

¹⁴⁹¹ V. les motifs de la loi.

¹⁴⁹² Loi n°2005-102 du 11 février 2005, relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (art. 45).

¹⁴⁹³ Depuis l'adoption de la loi du 11 février 2005, plusieurs dispositions législatives ou réglementaires ont eu pour objet l'introduction de dérogations concernant l'accessibilité aux personnes en situation de handicap. Récemment, a été adoptée la loi n°2011-901 du 28 juillet 2011 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap (JO du 30 juillet, p. 12996). L'article 19 de la loi prévoyait des mesures de substitution dans les bâtiments neufs « *lorsque le maître d'ouvrage apporte la preuve de l'impossibilité technique de remplir pleinement [l'objectif d'accessibilité] du fait de l'implantation du bâtiment, de l'activité qui y est exercée ou de sa destination* ». Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-669 du 28 juillet 2011, a déclaré cette disposition non conforme à la constitution.

¹⁴⁹⁴ CGCT, art. L. 2143-3.

La commission est obligatoire pour les communes de plus de 5000 habitants.

¹⁴⁹⁵ Motifs de la loi du 11 février 2005.

besoins spécifiques de la personne handicapée mentale. Cette adaptation comprend une information compréhensible pour la personne. Afin de favoriser l'accessibilité des personnes handicapées mentales, l'Union nationale des associations de parents, de personnes handicapées mentales et de leurs amis (UNAPEI) a contribué à la création du pictogramme S3A qui est un symbole d'accueil, d'accompagnement et d'accessibilité pour les personnes éprouvant des difficultés de compréhension et d'orientation. Ce pictogramme signifie que la structure, le produit ou le service est accessible à la personne ayant des difficultés d'ordre intellectuel. En outre l'UNAPEI propose un guide de l'accessibilité destiné à aider les personnes souhaitant rendre accessible leur structure ou leur service aux personnes handicapées mentales¹⁴⁹⁶.

658. Par ailleurs, la loi du 11 février 2005 affirme le droit à l'effectivité de l'accès aux loisirs, aux activités physiques et sportives, au tourisme, aux pratiques culturelles, aux technologies de l'information et de la communication. La personne handicapée mentale doit pouvoir accéder, dans la mesure où son état le permet, à une vie civique et citoyenne. Il convient de relever que la loi de 2005 a consacré le droit de vote du majeur sous tutelle si celui-ci est autorisé par le juge des tutelles¹⁴⁹⁷.

CONCLUSION DU CHAPITRE

659. La volonté de la personne atteinte de trouble mental est prise en compte en sa qualité de patient, d'usager d'un établissement social ou médico-social, de malade faisant l'objet de soins psychiatriques ou de personne handicapée. Dès lors que la personne est en état de manifester sa volonté, l'autonomie de sa volonté est garantie.

L'autodétermination de manière anticipée est une manifestation de l'autonomie de la personne. La personne atteinte de trouble mental peut, dans un intervalle lucide ou lorsque la gravité du trouble n'est pas suffisante pour annihiler toute volonté, choisir une personne

¹⁴⁹⁶ L. BERTHON et S. PANIEZ (responsables rédaction UNAPEI), *Le guide pratique de l'accessibilité. Pour vous accompagner dans vos démarches en matière d'accessibilité en faveur des personnes en situation de handicap mental*, Les guides de l'UNAPEI, 2010.

¹⁴⁹⁷ C. élect., art. 5.

Nota : Depuis la loi du 5 mars 2007, le juge des tutelles doit statuer sur le droit de vote du majeur sous tutelle.

de confiance, rédiger des directives anticipées, désigner un mandataire de protection future ou la personne qui aura vocation à assurer l'éventuelle charge de la mesure de protection.

Ainsi le droit respecte l'autonomie de la personne en prenant en compte la volonté de la personne atteinte de trouble mental lorsque celle-ci est en état de la manifester, et en mettant en place des mécanismes permettant d'anticiper la perte d'autonomie. Cependant, si en théorie de nombreux dispositifs permettent de garantir le respect de l'autonomie de la personne, il convient de regretter qu'en pratique, ces dispositifs soient souvent méconnus.

Par ailleurs, en sa qualité de personne handicapée mentale, la personne atteinte de trouble mental bénéficie de plusieurs dispositifs de nature à favoriser son autonomie. La loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation à la citoyenneté des personnes handicapées assure l'effectivité du droit à compensation du handicap et a généralisé le principe d'accessibilité. Toutefois, il convient de relever que le manque de moyens financiers et les difficultés rencontrées par les personnes handicapées mentales pour faire valoir leurs droits ne permettent pas en pratique une réelle effectivité des droits.

CONCLUSION DU TITRE 1

660. L'autonomie de la personne atteinte de trouble mental est assurée au niveau de ses trois acceptions. Tout d'abord, l'autonomie d'action de la personne atteinte de trouble mental est principalement assurée par la loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation à la citoyenneté des personnes handicapées qui permet une accessibilité à l'ensemble des domaines de la vie sociale, qu'il s'agisse de l'emploi ou de la cité. En outre, les conditions matérielles de l'autonomie sont, en principe, assurées par le droit à compensation du handicap.

Ensuite, l'autonomie de pensée résulte de la prise en compte de la volonté de la personne dès lors que celle-ci existe, dès lors que la personne est capable de penser par elle-même. Le droit respecte l'autonomie de la pensée en prévoyant la prise en compte de la volonté de la personne atteinte de trouble mental prise en sa qualité de patient (que ce soit dans le cadre d'une prise en charge psychiatrique ou de soins somatiques), d'usager d'un établissement social ou médico-social, de personne handicapée mentale (formulant son projet de vie).

661. Enfin, l'autonomie de la volonté est garantie lorsque l'autonomie de pensée est possible mais également lorsque la personne est hors d'état de manifester sa volonté. En effet, en vertu de l'autodétermination, la personne atteinte du trouble mental peut anticiper sa perte d'autonomie. En outre, l'adéquation entre la capacité de droit et la capacité de fait du majeur protégé, garantie par les principes gouvernant le choix de la mesure de protection, permet de respecter l'autonomie de la volonté du majeur protégé.

Ainsi, l'autonomie de la personne atteinte de trouble mental est protégée. Toutefois, il ne faut pas oublier que malheureusement, la gravité de certains troubles conduit à une absence de volonté. Dans une telle hypothèse, seuls les dispositifs permettant une autodétermination par anticipation permettent de garantir, dans une certaine mesure, l'autonomie de la personne. Ces dispositifs étant généralement méconnus, l'effectivité de la protection de l'autonomie n'est pas assurée.

La notion de volonté est liée à celles d'autonomie et de discernement. Il vient d'être démontré que le droit garantit l'autonomie de la personne. Par conséquent, il convient de

s'intéresser à la notion de discernement, d'établir les conséquences juridiques de l'absence d'imputabilité morale de la personne atteinte de trouble mental afin de déterminer si elles sont protectrices de la personne.

TITRE 2 : L'AMBIVALENCE DES CONSEQUENCES DE L'ABSENCE D'IMPUTABILITE MORALE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

662. La personne atteinte de trouble mental peut être dépourvue de discernement et de libre arbitre. N'ayant pas conscience de ses actes et/ou de leur portée, toute imputabilité morale est impossible. Cette absence d'imputabilité morale a nécessairement des conséquences au niveau de la responsabilité de la personne atteinte de trouble mental. Cependant, les principes de la responsabilité pénale et ceux de la responsabilité civile, retiennent des solutions ambivalentes. En effet, l'imputabilité est exigée pour la responsabilité pénale mais pas pour la responsabilité civile. Pour comprendre cette différence de régime, il est nécessaire de considérer l'imputabilité de manière extérieure à la faute¹⁴⁹⁸.

663. Le domaine de la responsabilité civile est plus large que celui de la responsabilité pénale. En effet, le fait générateur de la responsabilité pénale est la commission d'une infraction qui doit être prévue par un texte alors que le fait générateur de la responsabilité civile est un fait dommageable. Cependant, dès lors qu'une infraction cause un dommage, les deux domaines se recoupent. Les deux types de responsabilité ne sont pas pour autant identiques. En effet, leurs fonctions, leurs sanctions et leurs procédures de mise en œuvre diffèrent.

Initialement, la jurisprudence retenait le principe de dualité des fautes civiles et pénales. Puis, elle a retenu le principe de l'identité de la faute pénale et civile. La principale critique adressée à ce système était la dénaturation du procès pénal. La victime pouvait toutefois obtenir réparation même en présence d'une relaxe, en se fondant sur un régime de responsabilité n'ayant pas pour fondement la faute. Par touches successives sont apparus des éléments de dissociation. Tout d'abord, l'ordonnance du 23 décembre 1958 a ouvert la possibilité à la partie civile en cas d'acquiescement de demander la réparation de son préjudice. Puis la loi du 23 décembre 1980 est venue désolidariser la prescription de l'action publique et de l'action civile. Et la loi du 8 juillet 1983 a étendu aux cas de relaxe d'infraction non intentionnelle, la possibilité pour la victime de demander réparation. Enfin, la loi du 10

¹⁴⁹⁸ P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Mélanges à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 517.

juillet 2000 a partiellement achevé le processus de désolidarisation en prévoyant que *«L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie»* . En théorie, cet article trouvera notamment à s'appliquer lorsque l'auteur de l'infraction aura commis une faute pénale simple en lien de causalité indirect avec le dommage. En pratique cependant, les cas d'applications seront plus rares car la jurisprudence exige une causalité adéquate pour engager la responsabilité civile. La désolidarisation des fautes civiles et pénales n'est que partielle car dès lors qu'il y a une faute pénale, il y a également une faute civile.

Par ailleurs, une distinction importante entre les deux types de faute est apparue lorsque le discernement de l'auteur du dommage n'a plus été une condition de la faute civile. En effet, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, dans deux arrêts du 9 mai 1984, considéré au sujet de deux enfants victimes d'une infraction pénale que le juge du fond «n'était pas tenu de vérifier si le mineur était capable de discerner les conséquences de son acte, a pu estimer sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que la victime avait commis une faute qui avait concouru, avec celle de M. Y..., à la réalisation du dommage dans une proportion souverainement appréciée » La nature subjective de l'imputabilité a pour conséquence qu'elle n'a pas d'effet en matière de responsabilité objective.

La réponse apportée au constat de l'absence d'imputabilité morale est ambivalente car le droit pénal retient l'irresponsabilité de la personne atteinte de trouble mental (Chapitre 1), alors que le droit civil consacre la responsabilité de la personne (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'ATTENUATION DE LA RESPONSABILITE OU L'IRRESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

664. L'étude des facteurs du crime a permis de mettre en évidence plusieurs éléments. Au sein des facteurs prédisposants se trouvent notamment des facteurs sociaux mais aussi l'état de la santé mentale de l'individu¹⁴⁹⁹. Ainsi les troubles de la socialisation facilitent le passage à l'acte¹⁵⁰⁰. Il peut donc être fait un lien entre santé mentale et infraction. En outre, des études ont établi que près d'un tiers de la population carcérale souffre de troubles mentaux¹⁵⁰¹. Toutefois, contrairement à ce que pense une grande partie de l'opinion publique¹⁵⁰², les personnes atteintes de troubles mentaux ne sont pas des criminels. Selon Jean-Louis SENNON, les troubles mentaux graves ne seraient responsables que de 0,16 cas d'homicides pour 100 000 habitants¹⁵⁰³.

665. Il existe plusieurs causes d'irresponsabilité pénale : certaines sont objectives¹⁵⁰⁴, d'autres subjectives. Dans la catégorie des causes subjectives d'irresponsabilité pénale se trouvent le trouble mental¹⁵⁰⁵, la contrainte¹⁵⁰⁶ et l'erreur de droit¹⁵⁰⁷. Il convient de s'intéresser plus particulièrement à la première de ces causes d'irresponsabilité directement en lien avec la présente étude.

¹⁴⁹⁹ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 30, n° 20 et s.

¹⁵⁰⁰ P. BOUZAT et J. PINEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 3, Criminologie, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, p. 279, n° 152 et s.

¹⁵⁰¹ J. F. BURGELIN, Rapport de la commission Santé-Justice, « santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive », La documentation française, juillet 2005, p. 7.

Ce rapport restitue les chiffres figurant dans des études sur la santé des personnes entrées en prison.

¹⁵⁰² 48% des français considèrent que les personnes schizophrènes sont dangereuses (chiffre mentionné dans : J.-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et Justice : nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention sûreté », AJ Pénal 2008, p. 176.)

¹⁵⁰³ Chiffres recueillis lors d'une audition et reportés dans le Rapport de la mission parlementaire de M. Jean-Paul GARRAUD sur la dangerosité (p. 16). Ces chiffres sont également repris dans J.-L. SENON et C. MANZANERA, « Psychiatrie et Justice : nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention sûreté », AJ Pénal 2008, p. 176.

¹⁵⁰⁴ L'expression de faits justificatifs est également employée pour désigner les causes objectives d'irresponsabilité pénale.

La catégorie des causes objectives d'irresponsabilité comprend : l'autorisation de la loi (C. pén., art. 122-4 al. 1), le commandement de l'autorité légitime (C. pén., art. 122-4 al. 2), la légitime défense (C. pén., art. 122-5) et l'état de nécessité (C. pén., art. 122-7)

¹⁵⁰⁵ C. pén., art 122-1.

¹⁵⁰⁶ C. pén., art 122-2.

¹⁵⁰⁷ C. pén., art 122-3.

Le législateur a consacré le principe de l'irresponsabilité pénale pour trouble mental (Section 1) et en a organisé le régime (Section 2).

Section 1 : L'existence de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

666. L'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental témoigne de la prise en compte de cette situation de fait par le droit pénal (§1). Au-delà du constat de l'existence de cette cause d'irresponsabilité, il importe de tenter de comprendre ce qui la justifie (§2).

Paragraphe 1 : La prise en compte du trouble mental de l'auteur de l'infraction

Le trouble mental est pris en compte par le droit pénal de fond (I) et le droit pénal de forme (II).

I- La prise en compte du trouble mental de l'auteur de l'infraction par le droit pénal de fond

667. Le trouble mental n'a pas toujours été reconnu par le droit comme une cause d'irresponsabilité. Le droit romain considérait le fou irresponsable pénalement¹⁵⁰⁸. A l'inverse, au Moyen âge, le fou était jugé responsable pénalement¹⁵⁰⁹. A cette époque, la folie était expliquée comme une manifestation du diable. Toutefois, la personne atteinte d'un trouble mental pouvait dans certains cas bénéficier d'une réduction de peine¹⁵¹⁰.

668. Avant le Code pénal de 1810, aucun texte ne traitait expressément la question de l'irresponsabilité pénale des délinquants malades mentaux. Cependant, dans la mesure où le

¹⁵⁰⁸J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 382, n° 471.

Antoine LECA référence à un rescrit d'Hadrien datant du II^{ème} siècle et à un texte de Marc Aurèle. (A. LECA, « Introduction historique à la découverte de la psychiatrie par la science juridique », in *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006, p. 13.)

¹⁵⁰⁹F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 604, n° 631.

¹⁵¹⁰P. BOUZAT et J. PINEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 1, Droit pénal général, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, n° 238.

Code pénal de 1791 exigeait un élément intentionnel, les aliénés mentaux étaient jugés irresponsables¹⁵¹¹.

669. Le Code pénal de 1810 a expressément instauré la démence comme cause d'irresponsabilité. L'article 64 du Code pénal prévoyait « *qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque l'accusé était en état de démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister* ». La rédaction de cet article a fait l'objet de critique car sa formulation s'est révélée imparfaite¹⁵¹². La formulation de l'article était inexacte car elle laissait penser que l'infraction elle-même était inexistante alors que les causes subjectives n'ont d'effet que sur la responsabilité et non sur l'existence de l'infraction. En outre, le terme démence pouvait sembler restrictif s'il n'était pris que dans un sens strictement médical. La terminologie de l'article 64 a donc été modifiée par les rédacteurs du nouveau Code pénal.

670. Désormais, la cause d'irresponsabilité pénale pour trouble mental est contenue à l'article 122-1 du Code pénal. Celui-ci dispose dans son premier alinéa que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* »

II- La prise en compte du trouble mental de l'auteur de l'infraction par le droit pénal de forme

671. Le droit de la procédure pénale tient compte de l'état mental de la personne partie à la procédure. Cette prise en compte est relativement récente.

672. Avant 2007, seules quelques dispositions du Code de procédure pénale concernaient le majeur protégé. L'une interdisait au majeur protégé ou placé dans un établissement psychiatrique d'être juré¹⁵¹³. L'autre rendait obligatoire l'assistance d'un défenseur pour le prévenu atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense¹⁵¹⁴.

¹⁵¹¹L. GUIGNARD, *Juger la folie, la folie criminelle devant les Assises au XIXème siècle*, Texte remanié d'une thèse de doctorat d'Histoire, Paris I, 2006, PUF, coll. Droit et justice, 2010, p. 37.

¹⁵¹²F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 605, n° 631 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 380, n° 471.

¹⁵¹³CPP, art. 256 8°.

¹⁵¹⁴CPP, art. 417.

673. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a prévu des garanties procédurales spécifiques au majeur protégé en créant un titre XXVII intitulé « De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par des majeurs protégés ». La protection pénale du majeur protégé comprend la participation du tuteur et du curateur à la procédure¹⁵¹⁵. Cette nouvelle exigence fait suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de l'article 6 de la CEDH pour ne pas avoir permis à un majeur sous curatelle de participer de manière effective à son procès. La Cour de Strasbourg considère qu'un « *individu reconnu inapte à défendre ses intérêts civils et bénéficiant d'une assistance à cet effet devrait pouvoir également disposer d'une assistance pour se défendre contre une accusation pénale dirigée contre lui* »¹⁵¹⁶. En outre, l'hypothèse d'un éventuel conflit d'intérêt entre le majeur et son curateur ou tuteur a été pris en compte par le législateur. Si le protecteur est impliqué dans l'infraction, (qu'il soit coauteur, complice ou victime de l'infraction), une autre personne doit être désignée pour protéger le majeur protégé pendant la procédure pénale¹⁵¹⁷. La protection pénale du majeur protégé comprend également l'assistance obligatoire d'un avocat¹⁵¹⁸ et une expertise médicale permettant d'évaluer sa responsabilité pénale¹⁵¹⁹. Il est possible de déplorer que ces garanties dépendent du statut civil de la personne et non de sa vulnérabilité¹⁵²⁰.

674. La loi du 25 février 2008¹⁵²¹ relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental est venue réformer les règles procédurales applicables en la matière. Cette loi répond aux besoins de considération des victimes et notamment de leur désir d'avoir une décision constatant l'imputabilité matérielle

¹⁵¹⁵ CPP, art. 706-113.

¹⁵¹⁶ CEDH, 30 janvier 2001, affaire Vaudelle c/ France, Dr. fam. 2001, comm. N° 66, obs. Th. FOSSIER ; RTD civ. 2001, p. 330, obs. J. HAUSER ; D. 2002, p. 355, note A. GOUTTENOIRE et E. RUBI-CAVAGNA ; JCP 2001, II 10526, note L. DI RAIMONDO.

¹⁵¹⁷ L'article 706-114 du Code de procédure pénale prévoit l'assistance du subrogé tuteur ou curateur, ou à défaut la désignation par le juge des tutelles (à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction) d'un tuteur ou curateur ad hoc, ou à défaut la désignation par le président du Tribunal de grande instance d'un représentant ad hoc.

¹⁵¹⁸ CPP, art. 706-116.

¹⁵¹⁹ CPP, art. 706-115.

¹⁵²⁰ Voir N. DESCOT, « La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007 », AJ Pénal 2008, p. 21 ; S. JACOBIN, « Santé mentale et droit pénal : les « incapables » du droit civil et les « incapables » du droit pénal », RDSS 2008, p. 835.

¹⁵²¹ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JO du 26 février 2008, p. 3266.

de l'infraction. Elle permet également à la chambre de l'instruction et à la juridiction de jugement de prononcer l'hospitalisation d'office judiciaire de la personne¹⁵²².

675. La loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale¹⁵²³, a modifié les dispositions relatives au casier judiciaire prévues par la loi de 2008¹⁵²⁴.

676. Par ailleurs, l'utilisation de la technique de la visioconférence peut être envisagée. La loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge¹⁵²⁵, a prévu le recours aux moyens de télécommunication audiovisuelle par le Juge des libertés et de la détention¹⁵²⁶. L'article 706-71 du Code de procédure pénale, prévoit l'utilisation de ce procédé à l'occasion des différentes phases de la procédure pénale.

Paragraphe 2 : La justification de l'existence de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental

L'existence de la cause d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental est justifiée tant au regard du fondement (I) que des mécanismes (II) de la responsabilité pénale.

I- La justification au regard du fondement de la responsabilité pénale

677. L'existence de l'irresponsabilité pour trouble mental trouve des justifications qui varient selon le fondement de la réponse sociale à l'infraction. Il existe en effet plusieurs conceptions de la responsabilité pénale et par conséquent de la pénalité. Dans la conception

¹⁵²² CPP, art. 706-135.

¹⁵²³ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, JO du 11 mars 2010, p. 4808.

¹⁵²⁴ M. GUIGUE, « Injonction de soins et traçabilité des personnes ayant fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », RDS 36, juillet 2010, p. 358.

¹⁵²⁵ Loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, JO du 6 juillet 2011, p. 11705.

¹⁵²⁶ CSP, art. L. 3211-12-2.

classique, la responsabilité pénale est basée sur le postulat du libre arbitre¹⁵²⁷. L'acte infractionnel résulte de la volonté consciente de l'auteur de violer la norme. Il engage la responsabilité morale de l'auteur. La peine a une fonction rétributive, c'est-à-dire quelle dépend de la gravité de l'acte et non des circonstances de la commission ou de la personnalité de l'auteur¹⁵²⁸. La conception classique a été reprise¹⁵²⁹ par plusieurs courants de pensée. L'Ecole de la justice absolue, représentée notamment par Kant¹⁵³⁰, considère que toute violation de l'ordre moral doit être sanctionnée. Alors que la doctrine utilitariste, développée notamment par Beccaria¹⁵³¹ et Bentham¹⁵³² prône l'utilité de la sanction. La peine doit être juste et utile. Elle doit avoir pour objectif la prévention de la récidive. L'exigence de l'individualisation de la peine est développée. La sanction pénale n'est ni juste ni utile pour la personne atteinte de troubles mentaux. D'une part, la sanction peut sembler injuste puisque l'auteur n'a pas conscience de ce qu'il a fait. D'autre part, la sanction est inutile car dès lors que l'individu ne peut comprendre le sens de la sanction, celle-ci ne peut remplir sa fonction dissuasive.

678. Dans la conception positiviste, le libre arbitre est nié. En partant du postulat du déterminisme, Lombroso¹⁵³³, Ferri¹⁵³⁴ et Garofalo¹⁵³⁵ estiment qu'il existe des criminels nés. L'infraction résulte d'un ensemble d'éléments inévitables et irrésistibles. L'acte engage la responsabilité sociale de l'auteur de l'infraction. La sanction a pour objectif de supprimer la dangerosité de l'individu¹⁵³⁶ et de protéger la société de cette dangerosité. Elle prend la forme de mesures de sûreté. Dans une telle logique, le fou est dangereux et doit être mis à l'écart de la société. Ce courant de pensée préconise toutefois la création d'établissements spéciaux.

¹⁵²⁷ M. ADDAD et M. BENEZECH, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, préf. J. LEAUTE, Librairie technique, Litec, 1978, p. 15 ; J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, n° 25.

¹⁵²⁸ Dictionnaire de la langue française « Littré ».

¹⁵²⁹ Cette doctrine a été défendue par Platon et Saint Thomas d'Aquin.

¹⁵³⁰ E. KANT, *Critique de la raison pratique et Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, traduit de l'allemand par J. BARNI, 1848.

¹⁵³¹ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, 1764.

¹⁵³² J. BENTHAM, *Traité des peines légales*, 1775.

¹⁵³³ C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, 1876.

¹⁵³⁴ E. FERRI, *Sociologie criminelle*, 1881.

¹⁵³⁵ R. GAROFALO, *Criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 1888.

¹⁵³⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 49, p. 22.

679. La conception néo-classique, développée en France par Saleilles¹⁵³⁷, est mixte car elle considère que l'individu est libre tout en reconnaissant que sa conduite est influencée par plusieurs facteurs. Si cette doctrine reconnaît la liberté de l'individu, elle considère cependant que cette liberté est inégale selon les personnes¹⁵³⁸. La sanction est proportionnelle au degré de liberté et donc de responsabilité.

680. La doctrine de la défense sociale considère que l'objectif de la sanction est la resocialisation du délinquant. Cette doctrine s'est illustrée au travers principalement de deux courants. Le courant développé par Gramatatica¹⁵³⁹ centre la responsabilité pénale sur la personne de l'auteur de l'infraction, et non sur l'infraction elle-même. La sanction a un double objectif : garantir la sécurité de la société et permettre une resocialisation du délinquant. L'état dangereux de la personne peut justifier des mesures préventives. Le courant de la défense sociale nouvelle, représenté par Ancel¹⁵⁴⁰, se distingue du premier courant en ce qu'il ne rejette pas l'existence du droit pénal¹⁵⁴¹. La sanction dépend de la personnalité de l'auteur de l'infraction et doit favoriser sa réinsertion sociale. La sanction devant avoir une fonction pédagogique, la défense sociale nouvelle prône le développement de sanctions non répressives. Ainsi la personne souffrant de trouble mental n'a pas sa place en prison. Elle doit faire l'objet de soins adaptés à son état.

II- La justification au regard des mécanismes de la responsabilité pénale

681. La qualification d'une infraction suppose la réunion de trois éléments : un élément légal, un élément matériel et un élément moral. L'élément légal de l'infraction découle du principe fondamental de la légalité des délits et des peines¹⁵⁴². Ce principe exige que le

¹⁵³⁷ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, préf. G. TARDE, Félix Alcan, 3^{ème} éd., 1927.

¹⁵³⁸ M. ADDAD et M. BENEZECH, *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, préf. J. LEAUTE, Librairie technique, Litec, 1978, p. 18 ; M. JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, préf. J.-M. AUSSEL, thèse de doctorat soutenue publiquement à la faculté de Droit de Montpellier, 1966, Editions Montchrestien, 1966, p. 26.

¹⁵³⁹ F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, préf. M. ANCEL, 1964.

¹⁵⁴⁰ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, avec la collaboration de J.-B. HERZOG, 1954.

¹⁵⁴¹ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, n° 34.

¹⁵⁴² Le principe de légalité est contenu dans l'adage *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

comportement soit incriminé dans un texte pour pouvoir être pénalement sanctionné¹⁵⁴³. L'élément matériel de l'infraction nécessite l'accomplissement des actes incriminés dans l'élément légal. L'élément moral mérite une attention particulière en raison du sujet étudié.

682. L'élément moral suppose la commission d'une faute pénale que celle-ci soit intentionnelle ou non intentionnelle. L'élément moral est donc lié à la volonté de la personne. En ce sens, l'article 121-3 du Code pénal dispose dans son premier alinéa qu'il « *n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Toutes les infractions, même les non intentionnelles, supposent une volonté. En effet, la Haute juridiction affirme que « *toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté.* »¹⁵⁴⁴ La présence de l'élément moral engendre la culpabilité de la personne.

683. Au-delà de la qualification de l'infraction, la responsabilité pénale nécessite l'imputabilité de cette infraction. Ainsi, la responsabilité pénale suppose la culpabilité et l'imputabilité¹⁵⁴⁵. Il convient de préciser ces notions.

684. La culpabilité suppose la faute de l'auteur de l'infraction¹⁵⁴⁶. Il existe plusieurs conceptions de la faute pénale. Au sens large, il y a faute pénale lorsque « *l'action ou l'inaction incriminée trouve son origine dans un état d'âme, dans une tournure d'esprit socialement et même moralement répréhensible.* »¹⁵⁴⁷ Alors qu'au sens strict, la faute pénale consiste « *soit à ne pas prévoir les conséquences dommageables de l'acte que l'on accomplit –ou à ne pas croire qu'elles pourront se produire– soit à ne pas prendre les précautions nécessaires pour les empêcher de survenir* »¹⁵⁴⁸. L'acte est donc voulu par l'auteur mais pas ses conséquences. A ce niveau il est possible de distinguer l'imprévoyance consciente et

¹⁵⁴³ C. pén., art. 111-3.

¹⁵⁴⁴ Cass. crim., 13 décembre 1956, *Arrêt Laboube*, D. 1957, p. 349, note M. PATIN)

¹⁵⁴⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., coll. Précis, 2010, p. 333, n° 393.

¹⁵⁴⁶ M. JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, préf. J.-M. AUSSEL, thèse de doctorat soutenue publiquement à la faculté de Droit de Montpellier, 1966, Editions Montchrestien, 1966, n° 45, p.16.

¹⁵⁴⁷ P. BOUZAT et J. PINEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 1, Droit pénal général, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, n° 119.

¹⁵⁴⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, p. 757, n° 603.

l'imprévoyance inconsciente¹⁵⁴⁹. Dans l'imprévoyance consciente l'individu agit en ayant conscience du risque de survenance de résultat mais espère que le dommage ne se produira pas. La notion d'imprévoyance consciente est à rapprocher de celle du dol éventuel. Dans l'imprévoyance inconsciente, l'individu n'a pas prévu les conséquences de son comportement ou n'a pas pris toutes les mesures pour les éviter. Au sens strict, la faute pénale se distingue de l'intention criminelle¹⁵⁵⁰ propre au dol. La notion de culpabilité recoupe celle de l'élément moral de l'infraction lequel nécessite une conscience infractionnelle et une volonté infractionnelle¹⁵⁵¹.

685. « *L'imputabilité traduit la possibilité de mettre une infraction sur le compte débiteur d'une personne, de l'inscrire au passif de celle-ci, comme le suggère le verbe imputare* »¹⁵⁵²

La notion d'imputabilité revêt deux acceptions. Dans son acception objective, l'imputabilité représente le lien de causalité entre la personne et l'infraction. Dans son acception subjective, l'imputabilité signifie la capacité de la personne à répondre de ses actes¹⁵⁵³. Pour qu'une infraction puisse être imputable à une personne, il faut que cette dernière ait agi en conscience. « *Il faut que l'agent ait agi avec une intelligence lucide et une volonté libre* »¹⁵⁵⁴. Par conséquent, l'imputabilité présuppose une capacité de discernement, un libre arbitre et une volonté éclairée¹⁵⁵⁵. La responsabilité pénale nécessitant l'imputabilité, et le trouble mental abolissant le discernement de la personne, l'irresponsabilité pénale de la personne atteinte de troubles mentaux est justifiée¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁴⁹ Distinction proposée par Roger MERLE et André VITU (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, p. 758 et s., n° 604 et 605). Cette distinction a notamment été reprise par Jacques LEROY (J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, p. 220 et s., n° 405 et s.).

¹⁵⁵⁰ L'intention est définie comme « *la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est déterminée par la loi, plus la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales.* » (E. GARCON, *Code pénal annoté*, art. 1, n° 77)

¹⁵⁵¹ Voir schéma des mécanismes intellectuels de la culpabilité : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, p. 726.

¹⁵⁵² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, p. 772, n° 616.

¹⁵⁵³ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 502, p. 484.

¹⁵⁵⁴ M. JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, préf. J.-M. AUSSEL, thèse de doctorat soutenue publiquement à la faculté de Droit de Montpellier, 1966, Editions Montchrestien, 1966, n° 22, p.8.

¹⁵⁵⁵ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, n° 508.

¹⁵⁵⁶ J.-M. VARRAUT, *L'irresponsabilité pénale des délinquants aliénés et anormaux mentaux*, Annales de l'Université de Toulouse, 1982, p. 83.

686. Les concepts d'imputabilité et de culpabilité sont liés puisque tous les deux se rapportent à la volonté et à la conscience de l'individu. « *L'imputabilité, c'est-à-dire l'aptitude à comprendre, permet à la volonté de s'exprimer* »¹⁵⁵⁷. Elle peut être perçue comme un préalable à la culpabilité. Le professeur Jean PRADEL écrit en ce sens que « *sans imputabilité, il n'y a pas de faute concevable* »¹⁵⁵⁸. La démence est à la fois une cause de non imputabilité et de non culpabilité¹⁵⁵⁹. Si l'on suit le raisonnement de Jean PRADEL, en l'absence d'imputabilité, il ne peut y avoir de faute et donc de culpabilité. L'absence de libre arbitre entraînerait automatiquement l'absence d'infraction.

Après avoir mis en évidence l'existence et la justification du principe de l'irresponsabilité pénale pour trouble mental, il convient de s'intéresser plus précisément à son régime.

Section 2 : Le régime de l'irresponsabilité et de l'atténuation de responsabilité pénale pour trouble mental

Il convient de présenter les conditions (§1) avant d'analyser les effets (§2) de l'irresponsabilité ou de l'atténuation de responsabilité pénale pour trouble mental.

Paragraphe 1 : Les conditions de l'irresponsabilité ou de l'atténuation de responsabilité pénale pour trouble mental

687. L'article 122-1 du Code pénal dispose dans son premier alinéa « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* »

Le trouble mental doit exister (I) et être prouvé (II).

¹⁵⁵⁷ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, n° 380, p. 210.

¹⁵⁵⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 374, n° 462.

¹⁵⁵⁹ P. BOUZAT et J. PINEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 1, Droit pénal général, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, n° 237.

I- L'existence d'un trouble mental

Il doit s'agit d'un trouble psychique ou neuropsychique (A) en lien avec l'infraction (B).

A) La notion de trouble psychique ou neuropsychique

688. Les rédacteurs du nouveau Code pénal ont abandonné le terme « démence »¹⁵⁶⁰ pour lui préférer celui de trouble psychique ou neuropsychique. Cet abandon signifie que la notion de trouble mental doit être prise au sens large lequel correspond à celui retenu par la pratique judiciaire sous l'empire de l'ancien texte.

689. La notion de trouble psychique ou neuropsychique recouvre toutes les formes d'aliénations mentales qui font perdre à la personne le contrôle de ses actes¹⁵⁶¹. Elle comprend tant les maladies de l'intelligence, que celles-ci soient congénitales (idiot, imbécile) ou acquises par l'effet d'une maladie (paralysie générale, démence précoce) et les psychoses¹⁵⁶². Il importe peu que l'affection mentale soit générale ou spécialisée, continue ou intermittente.

690. *A contrario*, certaines pathologies ne sont pas automatiquement des causes d'irresponsabilité pénale. A titre d'exemple, la dépression ou les névroses n'entraînent pas nécessairement une déclaration d'irresponsabilité pénale¹⁵⁶³.

691. L'article 122-1 du Code pénal est également applicable aux troubles occasionnels tels que les maladies de la volonté, le somnambulisme et les intoxications¹⁵⁶⁴. En effet, même s'il

¹⁵⁶⁰ La démence est médicalement définie comme « *l'affaiblissement psychique, profond, global et progressif qui altère les fonctions intellectuelles de base et désintègre les conduites sociales* ». H. EY, P. BERNARD, Ch. BRISSET, *Manuel de psychiatrie*, préf. De J. GARRABE, Elsevier Masson, 6^{ème} éd., 2010, p. 557.

Au sens de l'article 64 du Code pénal, la démence comprend « *toutes les affections mentales permanentes, qu'il y ait ou non affaiblissement du fond mental, durables ou au contraire épisodiques, paroxystiques* ». M. JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, préf. J.-M. AUSSEL, thèse de doctorat soutenue publiquement à la faculté de Droit de Montpellier, 1966, Editions Montchrestien, 1966, p. 90, n° 157.

¹⁵⁶¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., coll. Précis, 2010, p. 368, n° 444.

¹⁵⁶² J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 381, n° 472.

¹⁵⁶³ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, p. 290, n° 514.

¹⁵⁶⁴ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., coll. Précis, 2010, p. 374, n° 452 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 386, n° 477 et s.

n'est pas possible d'assimiler ces états voisins à des troubles mentaux, ils ont des effets sur le discernement et le libre arbitre de l'individu. Par conséquent, ils ont nécessairement des effets au niveau de la culpabilité et de l'imputabilité. Toutefois, il convient dès à présent de préciser que l'influence de ces états sur la responsabilité est une question de fait, par conséquent, soumise à l'appréciation des juges. La jurisprudence considère notamment que la personne qui s'est intoxiquée volontairement par l'usage d'alcool ou de stupéfiants pour se donner du courage reste pénalement responsable. Les positions de la doctrine et de la jurisprudence sont moins nettes pour l'hypothèse d'un individu qui connaît les propriétés de la substance absorbée¹⁵⁶⁵.

B) Un trouble lié à l'infraction

692. Le trouble doit présenter un double lien avec l'infraction pour justifier une irresponsabilité pénale. En effet, le trouble doit être lié de manière temporelle et causale à l'infraction.

693. S'agissant du lien temporel, l'article 122-1 du Code pénal exige que le trouble mental existe au moment des faits. C'est au moment de la commission de l'infraction que doit être apprécié le trouble. Peu importe que le trouble ait existé avant ou après la consommation de l'infraction. Dès lors que le trouble n'existait pas au moment des faits, la personne est pénalement responsable même s'il est établi qu'habituellement elle est atteinte du trouble. Toutefois, la survenance d'un trouble postérieurement à la commission de l'infraction à des incidences sur la procédure ou la sanction¹⁵⁶⁶. La jurisprudence considère que « *lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans l'impossibilité absolue d'assurer effectivement sa défense, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement.* »¹⁵⁶⁷ En outre, la survenance d'un trouble mental postérieurement au jugement définitif est un obstacle à l'exécution des peines privatives de

¹⁵⁶⁵ Voir J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 18^{ème} éd., 2010, p. 388, n° 482 et s.

¹⁵⁶⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 609, n° 637.

¹⁵⁶⁷ Cass. Crim. 11 juillet 2007, Bull. crim., n° 168 ; Gaz. Pal. 14 juin 2008 n° 166, p. 22, note Y. MONNET.

liberté¹⁵⁶⁸. Ceci se justifie par le fait que l'individu se trouve dépourvu de « capacité pénale », c'est-à-dire d'aptitude à profiter de la sanction¹⁵⁶⁹.

694. S'agissant du lien causal, il importe que le trouble mental soit en rapport avec l'infraction. Cette exigence revêt toute son importance pour les pathologies mentales spécialisées. Le docteur JORDA donne l'exemple d'une personne atteinte d'un délire chronique de persécution, à base d'interprétation sans aucun phénomène hallucinatoire apparent¹⁵⁷⁰. Ce délire de persécution est centré sur deux personnes en particulier. Cette personne a été jugée pénalement responsable du vol commis pour un motif normal, indépendant de son délire. Le trouble mental doit être la cause directe de la consommation de l'infraction pour pouvoir justifier l'irresponsabilité pénale.

II- La preuve du trouble mental

695. La question de l'application de l'article 122-1 du Code pénal se décline en trois éléments : l'état de la personne dans le temps de l'action, la capacité de discernement et la capacité de contrôle des actes. Ces trois éléments doivent être établis et sont liés à la preuve du trouble mental.

696. L'existence d'un trouble mental est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁵⁷¹. La Cour de cassation n'exerce qu'un contrôle sur la motivation¹⁵⁷².

Si la preuve de l'existence du trouble mental est exigée (A), les modalités de son établissement sont libres (B).

¹⁵⁶⁸ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, p. 292, n° 516.

¹⁵⁶⁹ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, p. 774, n° 617.

¹⁵⁷⁰ M. JORDA, *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, préf. J.-M. AUSSEL, thèse de doctorat soutenue publiquement à la faculté de Droit de Montpellier, 1966, Editions Montchrestien, 1966 p. 68, n°149. Cet exemple est repris des observations du Docteur LAUTIER (Dr. J. LAUTIER, *Délire et responsabilité pénale, Médecine légale*, Ann. Méd. Psy., 1928, t. II, p. 409 et s.)

¹⁵⁷¹ Cass. crim., 8 juin 1955, Bull. crim., n° 286.

¹⁵⁷² Cass. crim., 7 octobre 1992, Bull. crim., n° 314, RSC 1993, p. 769, note B. BOULOC ; Dr. pén. 1992, comm. N° 196, note M. VERON.

A) L'exigence de la preuve

697. S'il existe une présomption d'insanité d'esprit en droit civil, tel n'est pas le cas en droit pénal. En effet, l'existence d'une mesure de protection ne fait pas présumer le trouble mental. Une personne qui commet une infraction alors qu'elle est sous tutelle ne saura pas nécessairement déclarée irresponsable pénalement. De la même manière, le fait qu'une personne se trouve hospitalisée dans un établissement psychiatrique ne permet pas de présumer l'irresponsabilité pénale. Le fait que l'auteur de l'infraction fasse l'objet de soins psychiatriques ne constitue qu'un indice. Il s'agit néanmoins d'un indice important qui vraisemblablement alertera le magistrat et l'avocat du délinquant.

698. La charge de la preuve pèse sur la personne qui s'en prévaut. La personne atteinte de trouble mental doit donc invoquer cette cause d'irresponsabilité pour pouvoir être déclarée irresponsable pénalement¹⁵⁷³.

B) Les modalités de la preuve

699. En principe la preuve est libre. Le juge se base sur différents indices et, presque systématiquement, il ordonne une expertise psychiatrique lorsqu'il s'interroge sur l'état mental de la personne. En outre, en matière criminelle, le juge d'instruction a l'obligation de faire procéder à une enquête de personnalité de la personne¹⁵⁷⁴.

700. Sous l'empire de l'article 64 du Code pénal, la circulaire CHAUMIE du 12 décembre 1905 prévoyait que lors d'une expertise psychiatrique, les experts doivent dire « *si l'inculpé était en état de démence au moment de l'acte, dans le sens de l'article 64 du Code Pénal* » et « *si l'examen psychiatrique et biologique ne révèle point, chez lui, des anomalies mentales ou psychiques de nature à atténuer dans une certaine mesure sa responsabilité* ». Cette circulaire a été remplacée en 1959 par l'article C345 de l'instruction générale pour l'application du Code de procédure pénale. Les questions types¹⁵⁷⁵ sont :

¹⁵⁷³ Cass. crim. 2 septembre 2005, n° 05-80109, inédit.

¹⁵⁷⁴ CPP, art. 81.

¹⁵⁷⁵ Rapport de la commission de l'HAS sur l'expertise psychiatrique pénale, mai 2007, p. 48.

- L'examen du sujet révèle-t-il chez lui des anomalies mentales ou psychiques ? Le cas échéant, les décrire et préciser à quelles affections elles se rattachent ?
- L'infraction qui est reprochée est-elle en relation avec de telles anomalies ?
- Le sujet présente-t-il un état dangereux ?
- Le sujet est-il accessible à une sanction pénale ?
- Le sujet est-il curable ou réadaptable ?
- Le sujet était-il atteint au moment des faits d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli ou altéré son discernement, aboli ou entravé le contrôle de ses actes ?
- Préciser l'opportunité d'une injonction dans le cadre d'une injonction socio-judiciaire telle que définie par l'article 28 de la loi 98-468 du 17 juin 1998.
- Faire toutes observations utiles à la manifestation de la vérité (question non systématique).

701. Ainsi, l'expert se prononce sur la dangerosité, l'accessibilité à la sanction pénale et la réadaptabilité de la personne. En revanche, il ne se prononce pas sur la question de la responsabilité pénale. Il doit simplement indiquer, s'il y a ou non, abolition du discernement. Les conséquences de cette constatation relèvent de la compétence exclusive du juge répressif.

702. Des préconisations ont été faites pour améliorer les rapports d'expertise. Le rapport GARRAUD sur la dangerosité¹⁵⁷⁶ préconise une adaptation des missions de l'expert selon la phase de la procédure¹⁵⁷⁷, de centrer les questions sur le diagnostic du trouble, tout en demandant un avis sur la dangerosité de la personne ainsi que les perspectives d'une possible évolution, d'ajouter une question sur les modalités de réponse appropriée¹⁵⁷⁸. Ce rapport a également préconisé que le rapport concluant à une altération du discernement soit mentionné sur la notice individuelle destinée à l'administration. La commission d'audition de la Haute autorité de santé sur l'expertise psychiatrique pénale constate une

¹⁵⁷⁶ J.-P. GARRAUD, Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, Documentation française, octobre 2006.

¹⁵⁷⁷ Rapport p. 40.

¹⁵⁷⁸ Rapport p. 42.

multiplication des missions confiées aux experts et recommande une harmonisation au plan national¹⁵⁷⁹.

703. Dans la mesure où il n'est pas possible d'établir une liste des pathologies qui entraînent l'irresponsabilité pénale, l'expert doit, dans une démarche médico-légale, tenter de décrire l'état mental de la personne au moment des faits et d'établir un rapport entre cet état mental et l'acte réalisé¹⁵⁸⁰.

704. Le juge n'est pas lié par les conclusions du rapport d'expertise. Il sera notamment amené à trancher en présence de conclusions d'expertises contradictoires¹⁵⁸¹. Toutefois, la pratique démontre que le juge répressif suit généralement les conclusions de l'expert.

Paragraphe 2 : Les effets de l'irresponsabilité ou de l'atténuation de responsabilité pénale

705. L'irresponsabilité pénale comporte des effets tant au niveau de la décision judiciaire (I) qu'au niveau de ses suites (II)

I- Les effets de l'irresponsabilité ou l'atténuation de responsabilité sur la décision judiciaire

706. Les effets de l'existence d'un trouble mental varient en fonction de son incidence sur le discernement ou le contrôle de ses actes. Le discernement renvoie à la capacité de comprendre l'acte tandis que le contrôle renvoie à la capacité de vouloir l'acte¹⁵⁸². Il suffit qu'un de ces deux éléments du libre arbitre soit touché pour qu'il y ait une incidence en terme de responsabilité pénale.

¹⁵⁷⁹Recommandations de la commission d'audition de l'HAS sur l'expertise psychiatrique pénale, mai 2007, p. 11.

¹⁵⁸⁰D. ZAGURY, « Pratiques et risques de l'expertise psychiatrique », in *Folie et justice : relire Foucault*, sous dir. Ph. CHEVALLIER et T. GREACEN, Erès, 2009, p. 91.

¹⁵⁸¹Cass. Crim., 12 mai 2004, Bull. crim., n° 119, Rev. sc. crim. 2004, p.879, obs. Y. MAYAUD.

¹⁵⁸²F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 608, n° 635..

707. En vertu de l'article 122-1 du Code pénal, le trouble mental n'est une cause d'irresponsabilité pénale que s'il a aboli le discernement ou le contrôle des actes au moment des faits (A). Si le trouble a seulement altéré le discernement ou entravé le contrôle de ses actes, il ne sera éventuellement qu'une cause d'atténuation de la responsabilité (B).

A) La décision d'irresponsabilité pénale

708. Avant la loi du 25 février 2008, la personne déclarée irresponsable pénalement bénéficiait selon la phase de la procédure d'un classement sans suite, d'un non-lieu ou d'une relaxe (ou d'un acquittement). Des critiques ont été émises à l'encontre de ce système notamment par les associations de victimes qui avaient l'impression qu'on niait l'existence de l'infraction et par conséquent leur qualité de victime. Certains rapports se sont prononcés en faveur d'une décision sur l'imputabilité des faits¹⁵⁸³. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour tenter de répondre à ces griefs.

709. Depuis la loi du 15 juin 2000¹⁵⁸⁴, les questions auxquelles la Cour d'assises et le jury doivent répondre relativement à la responsabilité pénale se décomposent en deux temps¹⁵⁸⁵. La première étape consiste à déterminer si l'individu est coupable d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés. La seconde étape consiste à l'application d'une cause d'irresponsabilité pénale.

710. En outre, la loi du 9 mars 2004¹⁵⁸⁶ a prévu que, lorsque l'ordonnance de non-lieu est motivée par une cause d'irresponsabilité pénale, le juge d'instruction a l'obligation de

¹⁵⁸³ Le rapport GARRAUD préconise en cas de non-lieu à raison de l'irresponsabilité pénale de la personne de confier au collège de l'instruction ou, à défaut, à la chambre de l'instruction, la charge de se prononcer sur l'imputabilité des faits. (J.-P. GARRAUD, Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, Documentation française, octobre 2006, p. 119.)

Le rapport BURGELIN propose d'instaurer une audience ad hoc sur l'imputabilité des faits devant une chambre spécialisée du Tribunal de grande instance. (Rapport de la commission Santé-Justice, « santé, justice et dangerosités : pour une meilleure prévention de la récidive », La documentation française, juillet 2005, p. 41)

¹⁵⁸⁴ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JO du 16 juin 2000, p. 9038.

¹⁵⁸⁵ CPP, art. 349-1.

¹⁵⁸⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO du 10 mars 2004, p. 4567.

préciser s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés¹⁵⁸⁷.

711. La loi du 25 février 2008 a mis en place de nouvelles dispositions procédurales pour les décisions d'irresponsabilité pénale pour trouble mental¹⁵⁸⁸. Il convient de relever que la réforme de 2008 n'a pas apporté de modification au classement sans suite pour cause de trouble mental¹⁵⁸⁹ mais a eu des incidences sur les phases d'instruction et de jugement.

712. La phase d'instruction peut se clore par une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui précise s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés¹⁵⁹⁰. Toutefois, avant de clore le dossier, dans l'hypothèse où après avoir constaté qu'il existe contre la personne mise en examen des charges suffisantes d'avoir commis les faits reprochés, le juge d'instruction estime qu'il est possible de retenir l'irresponsabilité pénale, il doit en informer le procureur et la victime¹⁵⁹¹. Ceux-ci ainsi que le juge d'instruction lui-même, pourront alors demander que le dossier soit transmis à la chambre de l'instruction¹⁵⁹². Cette saisine de la chambre de l'instruction permet la tenue d'une audience publique et contradictoire¹⁵⁹³ et peut aboutir à un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale. Un tel arrêt statue sur la matérialité de l'infraction et son imputation à la personne poursuivie, sur la cause d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, sur le prononcé de mesures de sûreté et sur un éventuel renvoi devant le Tribunal correctionnel pour qu'il se prononce sur l'action civile¹⁵⁹⁴.

713. La phase de jugement peut s'achever par un jugement ou un arrêt portant déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹⁵⁹⁵. Dans la mesure où l'irresponsabilité pénale n'a pas d'effet sur la responsabilité civile, le juge peut statuer sur l'action civile de la victime de l'infraction¹⁵⁹⁶. La déclaration d'irresponsabilité pénale n'ayant pas fait disparaître l'infraction, l'existence de la faute n'est pas remise en cause. En outre, la

¹⁵⁸⁷ CPP, art. 177 dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 25 février 2008.

¹⁵⁸⁸ CPP, art. 706-119 et s.

¹⁵⁸⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 613, n° 638-5.

¹⁵⁹⁰ CPP, art. 706-120 al. 2.

¹⁵⁹¹ CPP, art. 706-120 al. 1.

¹⁵⁹² CPP, art. 706-120 al. 1.

¹⁵⁹³ CPP, art. 706-122.

¹⁵⁹⁴ CPP, art. 706-125.

¹⁵⁹⁵ CPP, art. 706-130 et 706-133.

¹⁵⁹⁶ CPP, art. 706-131 et 706-133 3°

décision d'irresponsabilité pénale devant se prononcer sur la matérialité de l'infraction et sur l'imputabilité matérielle des faits à l'accusé (ou prévenu)¹⁵⁹⁷, la mise en œuvre de l'action civile est facilitée. En outre, dans la mesure où l'imputabilité morale est extérieure à la faute civile, l'auteur de l'infraction peut être déclaré irresponsable pénalement mais responsable civilement¹⁵⁹⁸.

714. L'irresponsabilité pénale pour trouble mental étant une cause subjective d'irresponsabilité, personnelle à l'auteur de l'infraction, elle opère *in personam* et non *in rem*¹⁵⁹⁹. Par conséquent, elle ne se communique pas au complice. Il convient de préciser que cette communication au complice n'est possible que si l'infraction est théoriquement punissable. Ceci renvoie à la question de l'existence de l'infraction en l'absence d'imputabilité. La réponse à cette question dépend de la façon d'appréhender le lien entre imputabilité et culpabilité. La conception de lien proposée par Jean PRADEL diffère de celle retenue par Roger MERLE et André VITU¹⁶⁰⁰. Ces derniers admettent la culpabilité de l'individu même en l'absence d'imputabilité. L'infraction pénale existerait mais à défaut d'imputabilité, l'individu ne serait pas responsable. En revanche, il est possible de sanctionner le complice. En retenant cette conception, le concept de complicité ne pose pas de difficulté. Tel n'est pas le cas avec la conception de Jean PRADEL. Selon cet auteur, l'imputabilité est un préalable à la culpabilité. Ce constat est problématique en présence d'un complice¹⁶⁰¹. En effet, pour être punissable, la complicité suppose un fait principal punissable¹⁶⁰². Théoriquement, le fait principal punissable exige la présence de l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction. Sauf à réduire le concept de culpabilité à la causalité entre le comportement objectif de l'individu et le résultat, et ainsi remettre en cause l'exigence de l'élément moral, il serait impossible de sanctionner le complice. Il convient de relever que la jurisprudence a assoupli l'exigence d'une infraction principale punissable. En effet, elle accepte de condamner le complice en l'absence d'élément moral

¹⁵⁹⁷ CPP, art. 706-131 (qui renvoi à l'article 349-1) et 706-133-1

¹⁵⁹⁸ P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Mélanges à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.519.

¹⁵⁹⁹ P. BOUZAT et J. PINEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 1, Droit pénal général, Dalloz, 2^{ème} éd., 1970, p. 320, n° 237 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, p. 531, n° 438.

¹⁶⁰⁰ Voir les développements sur les notions d'imputabilité et de culpabilité dans la section précédente.

¹⁶⁰¹ J. LEROY, *Droit pénal général*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, p. 594 et s., n° 521 et s.

¹⁶⁰² C. pén., art. 121-7.

de la part de l'auteur de l'infraction¹⁶⁰³. La matérialité objective de l'infraction suffit pour engager la responsabilité du complice. Le concept de culpabilité n'est pas altéré. Il n'est simplement plus exigé pour retenir l'infraction principale punissable.

B) La décision atténuant la responsabilité pénale

715. Les circonstances atténuantes sont « *des faits laissés à l'appréciation du juge qui lui permettraient dans les conditions et limites fixées par la loi (C. pén. Ancien, art. 463), de prononcer une peine moins forte que celle légalement attachée aux faits dont l'individu était reconnu coupable ; mécanisme supprimé (1994) dont la fonction (ouverture à la clémence) est assumée par la liberté conférée au juge dans le choix de la peine (C. pén., art. 132-17 s.) jointe à la suppression de la mention du minimum des peines dans les textes d'incrimination et l'essor des modes de personnalisation de la peine* »¹⁶⁰⁴.

716. L'article 64 de l'ancien Code pénal excluait la responsabilité de la personne en état de démence lors de la commission de l'infraction. Elle ne s'intéressait pas aux hypothèses dans lesquelles le trouble mental avait seulement altéré le discernement de la personne. La circulaire CHAUMIE du 12 décembre 1905 demandait aux experts psychiatre de dire « *si l'examen psychiatrique ne révèle point chez lui des anomalies mentales ou psychiques de nature à atténuer dans une certaine mesure sa responsabilité* ». L'anormal mental bénéficiait ainsi de circonstances atténuantes même s'il restait pénalement responsable. Certaines propositions ont été faites pour allier un aspect médical à l'aspect répressif de l'emprisonnement¹⁶⁰⁵.

717. L'article L. 122-1 prévoit dans son second alinéa que « *La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la*

¹⁶⁰³ Cass. crim., 8 janvier 2003, Bull. crim., n° 5, D. 2003, p. 2661, note E. GARCON ; RSC 2003, p. 553, note B. BOULOC ; JCP 2003, II 10159, note W. JEANDIDIER

¹⁶⁰⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

¹⁶⁰⁵ Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 620, n° 646.

juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime ». Le nouveau Code pénal a préféré réaffirmer le principe d'individualisation de la peine plutôt que de consacrer une cause d'atténuation de la responsabilité. En effet, le législateur n'a pas précisé que la peine devait être diminuée. D'ailleurs, si le juge l'estime nécessaire, eu égard à la dangerosité et au risque de récidive que représente l'individu pour la société, il peut ne pas diminuer la peine, voire prononcer une peine plus sévère. La liberté du juge est totale en la matière et même en présence du dispositif de peines planchers¹⁶⁰⁶.

718. Il convient de relever que le 25 janvier 2011, le Sénat a adopté en première lecture, une proposition de loi relative à l'atténuation de responsabilité pénale applicable aux personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement au moment des faits. L'article premier de ce texte prévoit que la peine encourue par l'auteur dont le discernement a été altéré, est égale aux deux tiers de la peine encourue normalement pour l'infraction. Il précise également que le juge doit tenir compte de cette circonstance lors de la fixation du régime de la peine. Il pose également en principe le fait d'assortir le sursis à exécution avec mise à l'épreuve de l'obligation de suivre des soins médicaux.

719. L'individu étant pénalement responsable, sa responsabilité civile peut être engagée sans aucune difficulté. La situation du complice n'est pas affectée par l'atténuation de responsabilité de l'auteur principal.

II- Les effets de l'irresponsabilité ou l'atténuation de responsabilité sur les suites de la décision judiciaire

Il convient de présenter successivement les suites de la décision d'irresponsabilité (A) et de l'atténuation de la responsabilité pénale (B).

¹⁶⁰⁶ Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007 relative à la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive.

Voir F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, p. 622, n° 647.

A) Les suites de la décision d'irresponsabilité pénale

720. Avant la loi du 25 février 2008, le juge qui prononçait le non-lieu, la relaxe ou l'acquittement n'avait pas d'autre pouvoir que celui de constater l'irresponsabilité pénale. Il pouvait seulement, s'il estimait que l'état mental de la personne nécessitait des soins et compromettait la sûreté des personnes ou portait atteinte, de façon grave, à l'ordre public, informer le Préfet qui était seul compétent pour prononcer une mesure d'hospitalisation d'office¹⁶⁰⁷. La loi du 25 février 2008 offre la possibilité au juge judiciaire de prononcer des mesures de sûreté.

721. La jurisprudence a été amenée à se prononcer sur la nature de ces mesures. La qualification de peine ou de mesure de sûreté a des incidences notamment au niveau de l'application de la loi dans le temps¹⁶⁰⁸. Dans un premier temps, la Haute juridiction a considéré que ces mesures pouvaient être qualifiées de peine¹⁶⁰⁹. Puis, la Cour de cassation est revenue sur cette position en considérant que « *les dispositions du premier de ces textes (articles 112-1 du code pénal) prescrivant que seules peuvent être prononcées des peines légalement applicables à la date de l'infraction ne s'appliquent pas aux mesures de sûreté prévues, en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, par les articles 706-135 et 706-136 du Code de procédure pénale issus de la loi n°2008-174 du 25 février 2008* »¹⁶¹⁰. La doctrine relève que certaines mesures de sûreté s'apparentent à des peines déguisées¹⁶¹¹.

722. Initialement, le législateur avait prévu l'inscription au casier judiciaire de toutes les décisions d'irresponsabilité pénale et leur maintien pendant une durée de quarante ans¹⁶¹². Mais lors de l'examen de la loi du 25 février 2008, le Conseil constitutionnel a considéré que « *la décision de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental ne revêt pas le caractère d'une sanction ; que, lorsque aucune mesure de sûreté prévue par l'article*

¹⁶⁰⁷ CSP, art. L. 3213-7.

¹⁶⁰⁸ A. PONSEILLE, « À propos de la qualification juridique des mesures applicables dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », RDS 34, mars 2010, p. 147, note sous Cass. crim. 21 janvier 2009 et 16 décembre 2009.

¹⁶⁰⁹ Cass. crim. 21 janvier 2009, D. 2009, p. 1111, note H. MATSOPOULOU ; JCP 2009, II 10043, note S. DETRAZ.

¹⁶¹⁰ Cass. crim. 16 décembre 2009, Dr. pén., février 2010, étude 4, note H. MATSOPOULOU.

¹⁶¹¹ H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », Dr. pén., avril 2008, étude 5, n° 53.

¹⁶¹² CPP, art. 769. (dans sa rédaction issue de la loi du 25 février 2008)

706-136 du code de procédure pénale n'a été prononcée, cette information ne peut être légalement nécessaire à l'appréciation de la responsabilité pénale de la personne éventuellement poursuivie à l'occasion de procédures ultérieures ; que, dès lors, eu égard aux finalités du casier judiciaire, elle ne saurait, sans porter une atteinte non nécessaire à la protection de la vie privée qu'implique l'article 2 de la Déclaration de 1789, être mentionnée au bulletin n° 1 du casier judiciaire que lorsque des mesures de sûreté prévues par le nouvel article 706-136 du code de procédure pénale ont été prononcées et tant que ces interdictions n'ont pas cessé leurs effets »¹⁶¹³. Ainsi, les dispositions relatives à l'inscription sur le casier judiciaire ont dû être modifiées. Depuis la loi du 10 mars 2010¹⁶¹⁴, les fiches relatives aux jugements ou arrêts de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental doivent être retirées lorsque l'hospitalisation d'office a pris fin ou lorsque les mesures de sûreté ont cessé leurs effets.

723. La loi du 25 février 2008 permet au juge judiciaire de prononcer lui-même des mesures de sûreté privatives (1) ou restrictives (2) de liberté.

1) La mesure de sûreté privative de liberté

724. L'hospitalisation d'office judiciaire est une innovation de la loi du 25 février 2008. Cette possibilité est offerte à la chambre de l'instruction ou aux juridictions de jugement mais pas au juge d'instruction seul.

725. Lorsque le juge judiciaire estime que l'état de la personne qui a bénéficié d'une irresponsabilité pénale pour trouble mental nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte de façon grave à l'ordre public, il doit informer la commission départementale des soins psychiatriques et le Préfet¹⁶¹⁵. Le Préfet et le juge judiciaire disposent tous les deux du pouvoir d'admission en hospitalisation d'office.

¹⁶¹³ Décision n° 2008-562 DC sur loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, JO du 26 février 2008, p. 3272.

¹⁶¹⁴ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, JO du 11 mars 2010, p. 4808.

¹⁶¹⁵ CSP, art. L. 3213-7.

726. Pour pouvoir prononcer une hospitalisation d'office judiciaire, le juge doit disposer d'une expertise psychiatrique établissant que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent une hospitalisation d'office¹⁶¹⁶.

727. L'hospitalisation d'office judiciaire suit le même régime que l'hospitalisation d'office administrative¹⁶¹⁷. Toutefois certaines spécificités sont justifiées par le fait que la personne a fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale. Par exemple, dans une telle hypothèse, les soins prennent par principe la forme d'une hospitalisation complète. Le Préfet ne pourra décider d'une autre forme qu'après avoir consulté le collège de soignants¹⁶¹⁸. En outre, les dispositions relatives au renouvellement régulier de la mesure ne sont pas applicables¹⁶¹⁹. Le juge des libertés et de la détention doit statuer dans un délai de six mois (et non de quinze jours) sur le maintien de la mesure d'hospitalisation complète¹⁶²⁰.

728. Le Préfet ou le juge de la liberté et de la détention ont le pouvoir d'ordonner la mainlevée de la mesure¹⁶²¹. Lorsque la mesure d'hospitalisation fait suite à une déclaration d'irresponsabilité pénale, le prononcé de la mainlevée est subordonné à l'avis du collège de soignants¹⁶²² et à l'avis concordant de deux psychiatres sur l'état mental de l'individu¹⁶²³. La victime peut demander à être informée de la mainlevée de la mesure d'hospitalisation d'office¹⁶²⁴.

¹⁶¹⁶ L'article 706-135 du Code de procédure pénale prévoit que l'expertise psychiatrique doit établir que « *les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public* ».

¹⁶¹⁷ CSP, art. L. 3213-1 et s.

¹⁶¹⁸ CSP, art. L.3213-1 III.

¹⁶¹⁹ CSP, art. L. 3213-4 in fine.

¹⁶²⁰ CSP, art.L.3211-12-1

¹⁶²¹ CSP, art. L. 3211-12 et L. 3213-8.

La décision prononçant l'hospitalisation d'office judiciaire est susceptible de faire l'objet d'un appel. V. Cass. Crim. 3 février 2010, D. 2010, p. 942, note M. LENA ; Dr. pénal 2010, n° 4, p. 52, note A. MACON et M. HAAS.

¹⁶²² CSP, art. L. 3211-9.

Le collège de soignants est une innovation de la loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Avant cette loi, c'était l'avis du directeur général de l'agence régionale de santé qui était recueilli depuis l'ordonnance du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. Auparavant, c'était l'avis de la direction des affaires sanitaires et sociales du département qui était nécessaire.

¹⁶²³ CSP, art. L. 3213-8.

¹⁶²⁴ CPP, art. 706-138.

2) Les mesures de sûreté restrictives de liberté

729. L'article 706-136 du Code de procédure pénale prévoit que la chambre de l'instruction et les juridictions de jugement peuvent assortir leur décision d'irresponsabilité pénale de certaines mesures de sûreté. Il peut s'agir de :

1° l'interdiction d'entrer en relation avec la victime de l'infraction ou certaines personnes ou catégories de personnes, et notamment les mineurs, spécialement désignées,

2° l'interdiction de paraître dans tout lieu spécialement désigné,

3° l'interdiction de détenir ou de porter une arme,

4° l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole spécialement désignée, dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ou impliquant un contact habituel avec les mineurs, sans faire préalablement l'objet d'un examen psychiatrique déclarant la personne apte à exercer cette activité,

5° la suspension du permis de conduire,

6° L'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis.

730. La durée de la mesure est fixée par le juge mais ne peut excéder dix ans pour les délits et vingt ans pour les crimes¹⁶²⁵. En outre, si la personne fait l'objet d'une hospitalisation d'office, les mesures d'interdictions sont applicables pendant la durée de l'hospitalisation et continueront après la mainlevée¹⁶²⁶.

731. La violation de ces interdictions constitue une infraction punie, si la personne est déclarée pénalement responsable, de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euro d'amende¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ CPP, art. 706-136.

¹⁶²⁶ CPP, art. 706-136 in fine.

¹⁶²⁷ CPP, art. 706-139.

B) Les suites de la décision condamnant une personne atteinte de troubles mentaux

732. La personne déclarée pénalement responsable doit exécuter sa peine. Toutefois, en raison de l'état de santé ou de la dangerosité de la personne, certaines mesures peuvent être prises pendant l'exécution de la peine (1) ou après celle-ci (2).

1) Les modalités d'exécution de la peine

733. Les personnes détenues atteintes de troubles mentaux doivent pouvoir bénéficier de soins appropriés à leur état¹⁶²⁸. La recommandation du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, préconise la mise en place de services psychiatriques à l'intention des détenus¹⁶²⁹. La Cour européenne des droits de l'homme considère que « *l'état d'un prisonnier dont il est avéré qu'il souffrait de graves problèmes mentaux et présentait des risques suicidaires, même si jusqu'à présent ceux-ci ne se sont pas réalisés, appelle des mesures particulièrement adaptées en vue d'assurer la compatibilité de cet état avec les exigences d'un traitement humain, quelle que soit la gravité des faits à raison desquels il a été condamné* »¹⁶³⁰.

734. Avec l'apparition des services médico-psychologiques régionaux (SMRP) en 1986¹⁶³¹ dans des établissements pénitentiaires, la prise en charge de la santé mentale en prison a connu un net progrès. Puis, en 1994¹⁶³², le législateur a confié au service public hospitalier la mission les examens de diagnostic et les soins dispensés aux détenus en milieu pénitentiaire et, si nécessaire, en milieu hospitalier. Les hôpitaux se sont ainsi ouverts aux détenus. L'accès aux soins est également assuré par des unités de consultations et de soins ambulatoires (UCSA). Les soins psychiatriques consentis étaient pris en charge par les SMRP,

¹⁶²⁸ E. PECHILLON, « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques », AJ Pénal 2010, p. 332.

¹⁶²⁹ Recommandation n° R (98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, art. 52 et s. .

¹⁶³⁰ CEDH, 11 juill. 2006, *Rivière c/ France*, req. n° 33834/03, considérants 75 et 76.

¹⁶³¹ Décret n°86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique, JO du 19 mars 1986, p. 4612 (art. 11).

¹⁶³² Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, JO du 19 janvier 1994, p. 960. (art. 2)

tandis que les hospitalisations d'office étaient assurées par les établissements de santé spécialisés. L'arrêté du 24 août 2000¹⁶³³ prévoit la création de sept unités hospitalières sécurisées interrégionales destinées à l'accueil des personnes incarcérées. La mise en place de ces UHSI a été retardée. La loi du 9 septembre 2002¹⁶³⁴ a introduit dans le Code de la santé publique un chapitre intitulé « hospitalisation des personnes détenues atteintes de troubles mentaux ». Cette loi a imposé que les personnes détenues atteintes de troubles mentaux soient prises en charge dans des unités spécialement aménagées (UHSA)¹⁶³⁵. La loi du 5 juillet 2011 a ouvert la possibilité de prendre en charge des détenus atteints de troubles mentaux dans des unités pour malades difficiles¹⁶³⁶. Les UMD sont des services hospitaliers spécialisés dans la prise en charge de personnes présentant pour autrui un danger tels que les soins, la surveillance et les mesures de sûreté nécessaires ne puissent être mises en œuvre que dans une unité spécifique¹⁶³⁷.

735. Les détenus atteints de troubles mentaux rendant impossible leur consentement et constituant un danger pour elle-même ou pour autrui, qui nécessitent des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier¹⁶³⁸, ne peuvent être maintenus dans un établissement pénitentiaire¹⁶³⁹. Le préfet décide de l'hospitalisation d'office au vu d'un certificat médical circonstancié¹⁶⁴⁰.

¹⁶³³ Arrêté du 24 août 2000 relatif à la création des unités hospitalières sécurisées interrégionales destinées à l'accueil des personnes incarcérées, JO du 31 août 2000, p. 13471.

¹⁶³⁴ Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, JO du 10 septembre 2002, p.14934.(art. 48)

¹⁶³⁵ CSP, art. R. 3214-1 et s.

L'annexe 1 de l'arrêté du 11 février 2011 comporte un cahier des charges techniques pour l'aménagement des UHSA (Arrêté du 11 février 2011 relatif à la répartition entre l'Etat et les établissements de santé des dépenses d'investissement et de fonctionnement des unités spécialement aménagées, JO du 10 mars 2011, p. 4393.)

V.E. PECHILLON, « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques », AJ Pénal 2010, p. 332.

¹⁶³⁶ CSP, art. L. 3214-1

¹⁶³⁷ CSP, art. L. 3222-3.

La formulation était déjà contenue dans le décret n° 86-602 du 14 mars 1986 relatif à la lutte contre les maladies mentales et à l'organisation de la sectorisation psychiatrique.

¹⁶³⁸ CSP, art. L. 3214-3.

¹⁶³⁹ CPP, art. D. 398 al. 1.

¹⁶⁴⁰ CPP, art. D. 398 al. 2.

736. La prise en charge médicale prend nécessairement la forme d'une hospitalisation complète¹⁶⁴¹. Cette exigence se comprend aisément dans la mesure où le patient a été condamné à une peine privative de liberté.

737. Durant la période d'hospitalisation, le détenu dispose des mêmes droits que les autres personnes hospitalisées dès lors que ceux-ci sont compatibles avec sa qualité de détenu¹⁶⁴². Les détenus hospitalisés en unité psychiatrique continuent à exécuter leur peine¹⁶⁴³. Le règlement pénitentiaire demeure applicable¹⁶⁴⁴ et les visites, l'accès au téléphone et les correspondances sont règlementés¹⁶⁴⁵.

738. Lorsque l'hospitalisation prend fin, le détenu retourne dans l'établissement pénitentiaire. La question de la mainlevée de l'hospitalisation complète d'un détenu est expressément traitée lorsqu'elle prononcée par le juge des libertés et de la détention¹⁶⁴⁶. Il convient d'étendre ce dispositif à toutes les causes de fin de l'hospitalisation¹⁶⁴⁷.

739. Pour les infractions de nature sexuelle et certaines autres infractions, la juridiction de jugement peut ordonner un suivi socio-judiciaire¹⁶⁴⁸ à titre complémentaire ou au titre d'une peine principale en matière correctionnelle¹⁶⁴⁹. Le Juge de l'application des peines peut également ordonner une telle mesure¹⁶⁵⁰. Elle consiste en l'obligation de se soumettre, sous le contrôle du juge de l'application des peines, à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive. Le maximum de la durée de cette mesure varie en fonction de la gravité de l'infraction commise. En principe, il ne peut excéder dix ans en matière délictuelle et vingt ans en matière criminelle¹⁶⁵¹. Cette mesure s'applique, le cas échéant, après la privation de liberté¹⁶⁵². En principe, le suivi socio-judiciaire est assorti d'une

¹⁶⁴¹ CSP, art. L. 3214-1 al. 1.

¹⁶⁴² CSP, art. L. 3214-2.

¹⁶⁴³ CSP, art. R. 3214-16 pour les UHSA.

¹⁶⁴⁴ CPP, art. D 395 ; CSP, art. R. 3214-17 pour les UHSA lorsque la surveillance est assurée par le personnel pénitentiaire.

¹⁶⁴⁵ CSP, art. R. 3214-18 et s. pour les UHSA

¹⁶⁴⁶ CSP, art. L. 3214-1.

¹⁶⁴⁷ Cette interprétation est confortée par l'article R. 3222-5 en matière de sortie de l'UMD d'un détenu.

¹⁶⁴⁸ C. pén., art. 131-36-1 et s.

¹⁶⁴⁹ C. pén., art. 131-36-7.

¹⁶⁵⁰ CPP, art. 763-3.

¹⁶⁵¹ C. pén., art. 131-36-1

¹⁶⁵² C. pén., art. L. 131-36-5.

injonction de soins¹⁶⁵³. Cette injonction est précédée d'une expertise médicale¹⁶⁵⁴. Pendant la durée de la détention, la personne doit être dans un établissement pénitentiaire permettant un suivi médical et psychologique adapté¹⁶⁵⁵. En outre, un traitement doit être régulièrement proposé au détenu¹⁶⁵⁶. A la fin de la période de détention, la mesure prend effet¹⁶⁵⁷. Le non-respect par la personne condamnée de ses obligations constitue une infraction punie d'une peine privative de liberté dont la durée doit être fixée dans le jugement de condamnation. Cette dernière ne peut excéder trois ans en matière délictuelle et sept ans en matière criminelle¹⁶⁵⁸.

740. Le champ d'application de l'injonction de soins a été progressivement élargi¹⁶⁵⁹. La loi du 12 décembre 2005¹⁶⁶⁰ a étendu l'injonction de soins à la libération conditionnelle¹⁶⁶¹ et à la surveillance judiciaire¹⁶⁶². La loi du 10 août 2007¹⁶⁶³ l'a élargi au sursis avec mise à l'épreuve¹⁶⁶⁴. (Cette dernière hypothèse a été supprimée par la loi du 10 mars 2010¹⁶⁶⁵). La loi du 25 février 2008 étend la possibilité d'injonction de soins à la surveillance sûreté¹⁶⁶⁶.

741. Dans le cadre de l'injonction de soins, des traitements peuvent être proposés à la personne condamnée. Le choix du traitement relève de la compétence exclusive du médecin. Celui-ci peut notamment prescrire des médicaments inhibiteurs de libido¹⁶⁶⁷. Comme tout traitement, il suppose le consentement de l'intéressé. Cependant, le refus ou

¹⁶⁵³ C. pén., art. 131-36-4.

¹⁶⁵⁴ CSP, art. L. 3711-1 et s.

¹⁶⁵⁵ CPP, art. 763-7 al. 1.

¹⁶⁵⁶ CPP, art. 763-7 al. 2.

¹⁶⁵⁷ C. pén., art. 131-36-5 al. 2.

¹⁶⁵⁸ C. pén., art. 131-16-1 al. 2.

¹⁶⁵⁹ M. GUIGUE, « Injonction de soins et traçabilité des personnes ayant fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », RDS 36, juillet 2010, p. 358.

¹⁶⁶⁰ Loin° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JO du 13 décembre 2005, p. 19152.(art. 13 et 22)

¹⁶⁶¹ CPP, art. 731-1.

¹⁶⁶² CPP, art.723-30.

¹⁶⁶³ Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, JO du 11 août 2007, p. 13466. (art.7)

¹⁶⁶⁴ CPP, ancien art. 132-45-1.

¹⁶⁶⁵ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, JO du 11 mars 2010, p. 4808.(art. 10)

¹⁶⁶⁶ CPP, art. 706-53-19.

¹⁶⁶⁷ CSP, art. L. 3711-3 in fine.

l'interruption du traitement sont considérés comme un non-respect de l'obligation de soins¹⁶⁶⁸.

742. En cas de sursis avec mise à l'épreuve, l'injonction de soins n'est plus possible. En revanche, il est toujours possible de recourir à une injonction thérapeutique lorsque le condamné fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques¹⁶⁶⁹. Ce type de mesure peut prendre la forme d'une cure de désintoxication¹⁶⁷⁰ pour les personnes condamnées pour usage de stupéfiants¹⁶⁷¹. La durée de cette mesure est fixée par le juge et comprise entre un et trois ans¹⁶⁷². Le non-respect de l'injonction thérapeutique entraîne l'exécution de la peine dont le sursis a été prononcé¹⁶⁷³.

2) Les mesures postérieures à l'exécution de la peine

743. La loi du 25 février 2008 a créé deux nouvelles mesures de sûreté¹⁶⁷⁴ applicables après l'exécution de la peine par la personne condamnée pour des crimes graves. L'objectif de ces mesures est d'éviter la récidive de criminel particulièrement dangereux. Les personnes atteintes de troubles de la personnalité peuvent faire l'objet d'une telle mesure. Il s'agit de la rétention sûreté et de la surveillance judiciaire.

744. La rétention sûreté consiste « *dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médo-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à mettre fin à cette mesure* »¹⁶⁷⁵. Cette mesure n'est envisageable que pour des personnes qui « *présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent*

¹⁶⁶⁸ C. pén., art. 131-36-4.

¹⁶⁶⁹ C. pén., art. 132-45 3°.

¹⁶⁷⁰ CSP, art. L. 3413-1.

¹⁶⁷¹ CSP, art. L. 3421-1, L. 3413-1, L. 3424-1 et L. 3425-1.

¹⁶⁷² C. pén., art. 132-42.

¹⁶⁷³ C. pén., art. 132-47.

¹⁶⁷⁴ La doctrine s'accorde pour qualifier ces nouveaux dispositifs de mesures de sûreté.

V. H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », Dr. pén., avril 2008, étude 5, n° 21 ; A. PONSEILLE, « Quelques réflexions (perplexes) à propos de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », RDS 23, mai 2008, p. 368.

¹⁶⁷⁵ CPP, art. 706-53-13 al. 4.

d'un trouble grave de la personnalité »¹⁶⁷⁶. Elle n'est applicable que pour les personnes condamnées à au moins quinze ans de réclusion criminelle pour assassinat ou meurtre aggravé, torture ou actes de barbarie aggravés, viol aggravé, enlèvement ou séquestration aggravé¹⁶⁷⁷. En outre, la juridiction de jugement doit avoir prévu que la personne condamnée pourra faire l'objet d'une telle mesure¹⁶⁷⁸. La durée de la mesure est d'un an renouvelable¹⁶⁷⁹.

745. Dans la mesure où la rétention sûreté consiste en un enfermement à titre préventif, elle doit être strictement encadrée pour demeurer exceptionnelle. L'atteinte portée à la liberté individuelle de la personne qui a exécuté sa peine doit être justifiée et proportionnée. La mesure de rétention sûreté a un caractère subsidiaire. En effet, elle ne peut être proposée par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté que si « *les obligations résultant de l'inscription dans le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, ainsi que les obligations résultant d'une injonction de soins ou d'un placement sous surveillance électronique mobile, susceptibles d'être prononcés dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire ou d'une surveillance judiciaire* », apparaissent insuffisantes pour prévenir la récidive¹⁶⁸⁰. En outre, la rétention doit constituer l'unique moyen de prévenir la récidive.

746. En outre, pour pouvoir proposer le placement de la personne en rétention sûreté, la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté doit s'assurer que la personne condamnée « *a effectivement été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, d'une prise en charge médicale, sociale et psychologique adaptée au trouble de la personnalité dont elle souffre* »¹⁶⁸¹. La même obligation pèse sur la juridiction régionale de la rétention de sûreté qui souhaite prononcer la rétention sûreté¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁶CPP, art. 706-53-13 al. 1.

¹⁶⁷⁷CPP, art. 706-53-13 al. 1 et 2.

¹⁶⁷⁸CPP, art. 706-53-13 al.3.

¹⁶⁷⁹CPP, art. 706-53-16.

¹⁶⁸⁰CPP, art. 706-53-14.

¹⁶⁸¹CPP, art. 706-53-13.

Cette exigence a été introduite par la loi du 10 mars 2010 qui a pris acte de la décision du Conseil constitutionnel. (Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008 relative à la loi n° 2008-174 du 25 février 2008

747. L'exercice des droits des personnes retenues dans un centre socio-médico-judiciaire est encadré¹⁶⁸³. Les dispositions du Code de procédure pénale précisent les conditions d'exercice des droits en matière d'emploi, d'éducation et de formation, de visites, de correspondances, d'exercice du culte et de permissions de sortie sous escorte ou sous surveillance électronique mobile¹⁶⁸⁴. Par principe, les restrictions apportées à l'exercice des droits doivent être strictement nécessaires au regard de la sécurité et de la prévention des infractions¹⁶⁸⁵.

748. La surveillance de sûreté est une mesure qui peut intervenir à l'issue de la rétention sûreté¹⁶⁸⁶, d'une surveillance judiciaire¹⁶⁸⁷ ou d'un suivi socio-judiciaire¹⁶⁸⁸. La surveillance de sûreté comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire¹⁶⁸⁹, en particulier une injonction de soins et le placement sous surveillance électronique mobile¹⁶⁹⁰. La durée de la mesure est de deux ans renouvelables¹⁶⁹¹.

CONCLUSION DU CHAPITRE

749. Partant du postulat de l'injustice d'une sanction de l'auteur qui n'a pas conscience de ses actes, et de l'inutilité de la sanction lorsque l'individu ne peut en comprendre le sens, le législateur a mis en place le système d'irresponsabilité pénale pour trouble mental. Actuellement, ce régime est régi par l'article 122-1 du Code pénal.

relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental Journal officiel du 26 février 2008, p. 3272.)

¹⁶⁸² CPP, art. 706-53-15.

¹⁶⁸³ CPP, art. 706-53-22 et R. 53-8-66 et s.

¹⁶⁸⁴ CPP, art. 706-53-22 et R. 53-8-68

¹⁶⁸⁵ CPP, art. R. 53-8-66.

¹⁶⁸⁶ CPP, art. 706-53-19.

¹⁶⁸⁷ CPP, art. 723-37.

¹⁶⁸⁸ CPP, art. 763-8.

¹⁶⁸⁹ CPP, art. 723-30.

¹⁶⁹⁰ CPP, art. 723-12 et 723-13.

¹⁶⁹¹ CPP, art. 706-53-19.

Le trouble psychique ou neuropsychique est une cause d'irresponsabilité pénale lorsqu'il y a abolition du discernement ou du contrôle de ses actes, et dans une certaine mesure, une cause d'atténuation de responsabilité pénale lorsqu'il y a seulement altération du discernement ou entrave du contrôle des actes. La preuve du trouble mental et de l'étendue de ses conséquences sur les facultés de discernement de la personne ou le contrôle de ses actes est établie par une expertise psychiatrique.

La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a modifié la procédure en la matière. Elle a notamment généralisé la prise de position sur l'imputabilité matérielle des faits à l'auteur. Elle a surtout prévu la possibilité pour le juge judiciaire de prononcer une mesure de soins psychiatriques sans consentement lorsque l'état de l'auteur de l'infraction le justifie.

Par ailleurs, lorsque le trouble mental ne justifie pas une déclaration d'irresponsabilité pénale, l'auteur de l'infraction est condamné. Durant la détention, il doit recevoir des soins adaptés. En outre, il existe un suivi socio-judiciaire assorti d'une injonction de soins. Après l'exécution de sa peine, et pour des infractions d'une certaine gravité, la personne pourra faire l'objet d'une mesure de rétention sûreté ou d'une surveillance sûreté.

Toutefois, il convient de regretter que la médiatisation de l'introduction de nouvelles mesures sécuritaires conduise à stigmatiser les personnes atteintes de trouble mental comme personnes dangereuses alors que seulement une minorité est auteur d'infraction et que bien plus souvent, les personnes atteintes de troubles mentaux soient victimes d'infraction.

Lorsque le trouble mental entraîne l'absence d'imputabilité morale, le Droit en tire des conséquences. Il vient d'être établi que dans une telle hypothèse, le droit pénal retient l'irresponsabilité (ou l'atténuation de responsabilité) pénale de l'auteur de l'infraction. Il convient de se demander si les conséquences sont identiques en matière de responsabilité civile.

CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE CIVILE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL

750. La responsabilité civile peut être définie comme « *l'obligation de répondre civilement du dommage causé à autrui, c'est-à-dire à réparer en nature ou en équivalent. Cette obligation consiste le plus souvent en l'allocation de dommages et intérêts* »¹⁶⁹².

751. En matière de responsabilité civile, il existe une *summa divisio* entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. La responsabilité civile contractuelle est l'obligation pour le cocontractant qui ne remplit pas - tout, en partie, à temps - une obligation que le contrat mettait à sa charge, de réparer le dommage causé à l'autre partie¹⁶⁹³. La responsabilité civile délictuelle est l'obligation pour l'auteur du fait dommageable de réparer le dommage causé par un délit civil, en indemnisant la victime, presque toujours par le versement de dommages et intérêts¹⁶⁹⁴. Il existe un principe de non cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles.

Afin de respecter la *summa divisio*, il convient de présenter successivement la responsabilité civile délictuelle (Section 1), contractuelle et précontractuelle (Section 2).

Section 1 : La responsabilité civile délictuelle du fait de la personne atteinte de trouble mental

752. Traditionnellement, la responsabilité civile était fondée sur la notion de faute. En effet, le terme « faute » est employé par l'article 1382 du Code civil. La règle juridique traduit et sanctionne le devoir moral de ne pas nuire à autrui.¹⁶⁹⁵ Par conséquent, l'individu est incité à agir avec le maximum de diligence pour éviter d'avoir à réparer.

753. Cependant, avec l'apparition du machinisme dans les grandes industries, les transports par chemin de fer et le développement de la circulation automobile, les

¹⁶⁹² G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

¹⁶⁹³ Ibid.

¹⁶⁹⁴ Ibid.

¹⁶⁹⁵ Définition de la faute proposée par le doyen SAVATIER. (R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, n° 35)

dommages sont devenus plus nombreux et plus graves¹⁶⁹⁶. Afin de répondre au besoin d'indemnisation, la jurisprudence a créé le concept « *obligation de sécurité* ». La simple constatation de l'accident prouve une faute dans l'exécution de cette obligation. La jurisprudence a donc commencé à élargir la définition de la faute en étendant la responsabilité contractuelle¹⁶⁹⁷. La doctrine a critiqué le fait que la faute puisse être le seul fondement de la responsabilité civile. En France, Saleilles a alors développé la théorie du « *risque* » en partant de l'idée selon laquelle « *toute activité qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui* » et que « *celui qui en a la direction doit en payer les risques* »¹⁶⁹⁸. Jossierand a adopté la même conception¹⁶⁹⁹. Cette théorie a eu une certaine influence. En effet, elle a inspiré la législation en matière d'accident du travail, d'accident de la circulation et a eu des influences indirectes dans la jurisprudence. Par exemple, le champ d'application de la responsabilité du fait des choses a été élargi. Cette théorie a fait l'objet de critique notamment par Planiol¹⁷⁰⁰.

754. Bruno STARCK a proposé la théorie de la garantie¹⁷⁰¹. L'idée essentielle est d'inverser la perspective à partir de laquelle on fonde la responsabilité. Selon lui, ce qui est essentiel c'est le dommage subi par la victime ou plus précisément, l'atteinte portée à un de ses droits, qui à elle seule légitime une protection. Chacun aurait droit à la sécurité. Cependant, en face de ce droit à la sécurité se trouve le droit d'agir reconnu à l'auteur. Le conflit est résolu en se demandant si le dommage est ou non nécessaire. Pour Starck, le droit à la sécurité l'emporte sur le dommage matériel et corporel. Dans une telle hypothèse, la réparation est automatique. A l'inverse, le droit d'agir l'emporte sur le dommage purement économique ou moral¹⁷⁰², et la réparation suppose la preuve d'une faute. Cependant, des

¹⁶⁹⁶F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 693, n° 684.

¹⁶⁹⁷G. VINEY, *Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 109, n° 49.

¹⁶⁹⁸R. SALEILLES, *La réforme sociale*, 1898.

¹⁶⁹⁹L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.

¹⁷⁰⁰PLANOL a fortement critiqué la théorie du risque en considérant que « *tout cas de responsabilité sans faute, s'il était réellement admis, serait une injustice sociale* » : M. PLANOL, « Etudes sur la responsabilité civile », Rev. Crit. DIP 1905, p. 277 et 1906 p. 80. Cité dans G. VINEY, *Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 112, n° 50-1.

¹⁷⁰¹B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.

¹⁷⁰²G. VINEY, *Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, p. 116, n° 54.

critiques peuvent être adressées à la théorie de la garantie. En effet, elle ne reflète pas le droit positif qui se refuse à adopter une conception dualiste et à distinguer selon la nature du dommage.

755. Enfin, il convient de relever qu'un autre fondement a été proposé pour combler les lacunes des systèmes fondés sur la faute ou sur le risque. Ainsi, le système fondé sur le droit à la sûreté, proposé par Christophe RADE, permet d'expliquer la responsabilité des personnes dépourvues de discernement¹⁷⁰³.

Après avoir tenté d'identifier le fondement de la responsabilité civile, il importe de s'intéresser aux régimes de responsabilité qu'il s'agisse de la responsabilité du fait personnel (§1) ou du fait d'autrui (§2).

Paragraphe 1 : La responsabilité civile du fait personnel

756. Le fondement de la responsabilité civile du fait personnel est l'article 1382 du Code civil. Cet article dispose « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Pour pouvoir engager la responsabilité d'une personne trois éléments sont nécessaires : un fait générateur de responsabilité, un dommage et un lien de causalité.

757. Le dommage est défini comme une « *atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique) ou dans ses droits extrapatrimoniaux (perte d'un être cher, atteinte à l'honneur), qui ouvre à la victime un droit à réparation (on parle alors de dommage réparable) lorsqu'il résulte soit de l'inexécution d'un contrat, soit d'un délit ou quasi-délit, soit d'un fait dont la loi ou les tribunaux imposent à une personne la charge (dommage excédant les inconvénients ordinaires du voisinage)* »¹⁷⁰⁴. Le préjudice est la conséquence du dommage. Pour pouvoir être indemnisé, le préjudice doit être certain, personnel et direct. Le lien de causalité est un

¹⁷⁰³Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999, chron. p. 323 et s. n° 10.

¹⁷⁰⁴G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriges.

lien de cause à effet. Il doit exister entre le fait générateur et le dommage, pour que la responsabilité soit engagée. Au niveau du lien de causalité, deux théories s'affrontent. Selon la théorie de l'équivalence des conditions, « *chacun des antécédents d'un dommage peut être indifféremment retenu comme cause de celui-ci*¹⁷⁰⁵ ». Alors que la théorie de la causalité adéquate rattache le dommage « *à celui de ses antécédents qui, normalement était de nature à le produire* »¹⁷⁰⁶.

En matière de responsabilité du fait personnel d'une personne atteinte de trouble mental, une attention particulière doit être portée au fait générateur de la responsabilité (I) avant de présenter le régime de responsabilité (II).

I- Le fait générateur de la responsabilité

758. L'article 1383 du Code civil prévoit que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ». Par conséquent, il importe peu de savoir s'il s'agit d'une faute intentionnelle ou d'une faute non intentionnelle. Les deux types de fautes engagent la responsabilité de l'auteur du dommage.

759. Le fait générateur de la responsabilité civile du fait personnel est la faute. Il convient donc d'analyser cette notion. Cette analyse impose une définition (A). Elle permet de conclure à une objectivation de la notion (B).

A) La définition de la faute

760. Planiol a défini la faute comme « *un manquement à une obligation préexistante* »¹⁷⁰⁷. Le dictionnaire de vocabulaire juridique la définit comme un « *Acte illicite supposant la réunion : 1/d'un élément matériel, le fait originaire (lequel peut consister en un fait positif –*

¹⁷⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige.

¹⁷⁰⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 865, n° 860.

¹⁷⁰⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, « Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques », avec la collaboration de G. RIPERT, 11^{ème} éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1931, n° 863 ; M. PLANIOL, « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. Crit. Leg. et juris*, 1905, p. 283.

faute par commission – ou en une abstention – faute par omission) ; 2/d'un élément d'illicéité, la violation d'un devoir, la transgression du Droit (loi, coutume etc.). 3/ (sous réserve de la théorie de la faute dite objective) un élément moral (d'imputabilité), le discernement de l'auteur du fait, parfois nommé élément volontaire, bien qu'il puisse être intentionnel ou non, et auquel la loi attache diverses conséquences juridiques »¹⁷⁰⁸.

761. Selon une conception traditionnelle, la faute civile doit réunir deux éléments : un élément matériel et un élément moral¹⁷⁰⁹.

762. L'élément matériel se rattache au caractère illicite du comportement. Cet élément objectif consiste dans un écart de conduite, c'est-à-dire dans le non-respect d'un devoir ou l'atteinte à un droit. L'élément matériel peut prendre la forme d'une commission ou d'une abstention¹⁷¹⁰. La faute d'omission est notamment prise en compte dans l'article 1383 du Code civil.

763. L'élément moral consiste dans l'imputabilité de la faute. L'imputabilité suppose que l'agent soit apte psychologiquement à reconnaître ses actes et à en assumer les conséquences. Ainsi, la faute suppose le discernement de l'auteur. Cet élément pose question lorsque l'auteur du fait dommageable est atteint d'un trouble mental.

764. L'article 1340 du projet CATALA prévoit que « *tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer* »¹⁷¹¹. L'exigence du discernement n'est donc pas retenue comme critère de la faute. L'article 1352 de ce même projet définit la faute délictuelle comme « *la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.* » Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile proposé par François TERRE considère que « *la faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou*

¹⁷⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit

¹⁷⁰⁹ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 366 et s, n° 442 et s.

¹⁷¹⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2009, p. 731 et s., n° 719 et s.

¹⁷¹¹ G. VINEY, Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, sous dir. P. CATALA, septembre 2005, p. 152.

par le devoir général de prudence et de diligence »¹⁷¹². Ainsi, il n'est pas fait référence à l'élément subjectif de la faute, c'est-à-dire à l'imputabilité morale. Seule la conception objective de l'imputabilité semble retenue.

B) L'objectivation de la faute

765. La notion de faute est objectivée tant au niveau de son appréciation que de sa définition.

766. La faute est appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport au comportement d'une autre personne raisonnablement prudente et avisée. Les juges ont recours au standard juridique du « *bon père de famille* ». Ce type d'appréciation prend en compte les éléments extérieurs à l'agent, les circonstances qui ont entouré le fait. En revanche, ils ne tiennent pas compte des éléments internes à la personne. L'appréciation *in abstracto*, ne laisse pas de place à la subjectivité.

767. L'objectivation de la faute se retrouve également au niveau de sa définition. En effet, le législateur et la jurisprudence ont fait disparaître la condition d'imputabilité morale pour les personnes non dotées de discernement. En effet, le législateur en 1968 a introduit dans l'article 489-2 du Code civil (actuel 414-3) le principe de la responsabilité civile de la personne atteinte de trouble mental. En outre, la jurisprudence s'est intéressée à la responsabilité de *l'infans*.

768. Pour ce qui concerne la personne privée de discernement, l'affirmation de l'objectivation de la faute dépend de la portée qu'il convient de donner à l'article 489-2 du Code civil¹⁷¹³. Certains auteurs estiment que l'article 489-2 du Code civil serait une exception au droit commun du droit de la responsabilité. Parmi ces auteurs, certains pensent que la personne dépourvue de discernement est tenue de réparer le dommage sans que cela

¹⁷¹²C. BLOCH, A. OUTIN-ADAM, J.-S. BORGHETTI... [et al.], Pour une réforme du droit de la Responsabilité civile, sous dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 1.

¹⁷¹³Sur la question de l'incidence de l'adoption de l'article 489-2 du Code civil sur la conception de la faute civile voir P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 600 et s., n° 587 et s.. L'auteur met en évidence que les commentateurs du texte se sont divisés sur la question. Certain adoptant une conception restrictive, d'autres une conception extensive.

implique qu'elle soit responsable¹⁷¹⁴. Il n'y aurait pas de faute commise par le dément mais une « obligation de réparation fondée sur l'équité »¹⁷¹⁵. D'autres qualifient ce régime de nouveau cas de responsabilité objective. Le risque fondant cette responsabilité objective serait le trouble mental¹⁷¹⁶. D'autres encore en postulant que l'imputabilité morale est un élément extérieur à la faute, expliquent que le législateur a simplement voulu pour des personnes particulières, enlever l'imputabilité des conditions de la responsabilité¹⁷¹⁷. A l'inverse, d'autres auteurs considèrent que l'article 489-2 du Code civil a consacré la faute objective et l'abandon de l'imputabilité morale comme élément de la faute civile¹⁷¹⁸.

769. La jurisprudence traditionnelle jugeait irresponsable de leurs actes les jeunes enfants du fait de leur absence de discernement. Même après la reconnaissance de la responsabilité des aliénés, le principe d'impunité des jeunes enfants est demeuré¹⁷¹⁹. Il faut attendre un revirement de jurisprudence opéré par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans les arrêts du 9 mai 1984¹⁷²⁰ pour que soit consacrée la responsabilité de l'enfant indépendamment de sa capacité de discernement. La faute peut être reprochée à l'enfant privé de discernement en tant qu'auteur du dommage mais également en tant que victime de celui-ci. Dans l'affaire *Derguini*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré que « *la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier si la mineure était capable de discerner les conséquences de tels actes, a pu, sans se contredire, retenir, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, que la victime avait commis une faute qui avait concouru, avec celle de M.*

¹⁷¹⁴F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 742, n° 733.

¹⁷¹⁵Nota : cette conception semble celle retenue par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile de François TERRE.

V. C. BLOCH, « Définition de la faute », in C. BLOCH, A. OUTIN-ADAM, J.-S. BORGHETTI... [et al.], *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 109.

¹⁷¹⁶L'ouvrage de Patrice JOURDAIN et Geneviève VINEY fait référence notamment à René. SAVATIER et Boris STARCK. (P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 600, n° 587.

¹⁷¹⁷P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Mélanges à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 517 ; P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 601, n° 588.

¹⁷¹⁸Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401, n° 22.

¹⁷¹⁹Cass. civ. 2^{ème}, 7 décembre 1977, Bull. civ. II, n° 233 ; D. 1978, IR 205, obs. Ch. LARROUMET ; JCP 1980, II 19339, note J. WIBAULT ; RTD civ. 1978, p. 653, obs. G. DURRY.

¹⁷²⁰Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *Lemaire et Derguini*, Bull. civ. Ass. Plén., n° 2 et 3 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 186 ; D. 1984, p. 525, concl. M. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984, II 20256, note P. JOURDAIN ; RTD civ. 1984, 508, obs. J. HUET.

Z..., à la réalisation du dommage dans une proportion souverainement appréciée. » La jurisprudence admet qu'une personne privée de discernement puisse commettre une faute.

770. Si on admet que l'introduction de l'article 489-2 du Code civil a eu pour effet de consacrer la notion de faute objective, il convient d'accepter que la faute de la personne atteinte de trouble mental soit appréciée de la même façon que la personne soit auteur ou victime du dommage. Il est vrai qu'une telle appréciation n'est pas expressément prévue par le texte et qu'il peut sembler injuste de supprimer l'imputabilité morale des critères de la faute de la victime¹⁷²¹. Cependant, par analogie avec la position de la jurisprudence en matière de responsabilité de l'enfant, il conviendrait de retenir une conception unitaire de la faute civile. Il importe de relever que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoit que « *celui qui a contribué à la réalisation de son propre dommage alors qu'il était dépourvu de discernement ne peut voir sa créance de réparation réduite* »¹⁷²². Ce projet tient compte de l'iniquité résultant d'une conception unitaire de la faute.

771. La dimension psychologique de la faute semble donc avoir disparu. Le champ de l'objectivation de la faute semble limité aux *infans* et personnes atteintes de trouble mentaux. Il convient de relever qu'il s'agit d'une objectivation de la notion de faute et non de la mise en place d'une responsabilité objective. En effet, dans le cadre de la responsabilité personnelle, il est nécessaire d'établir la faute de l'individu pour pouvoir engager sa responsabilité. La faute reste le fondement de la responsabilité civile du fait personnel même si l'élément subjectif de la faute est malmené.

¹⁷²¹ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 609 et s, n° 592-2.

¹⁷²² Article 48 du projet de réforme.

C. BLOCH, A. OUTIN-ADAM, J.-S. BORGHETTI... [et al.], *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 9.

V. C. BLOCH, « Responsabilité des personnes dépourvues de discernement », in C. BLOCH, A. OUTIN-ADAM, J.-S. BORGHETTI... [et al.], *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 115.

II- Le régime de responsabilité de la personne atteinte de trouble mental

772. Il importe de se demander si la personne atteinte de trouble mental est responsable civilement des dommages qu'elle pourrait causer. La volonté de garantir à la victime l'indemnisation de ses préjudices a conduit à une évolution du régime de la responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux (A). La mise en œuvre du principe de responsabilité suppose que certaines conditions soient réunies (B).

A) L'évolution du régime de la responsabilité

773. Dans un premier temps, la jurisprudence refusait d'engager la responsabilité des personnes privées de raison¹⁷²³. Par un arrêt de la Chambre des requêtes, en date du 14 mai 1886, la Cour de cassation a affirmé que « *par l'emploi de l'expression « faute » la loi suppose évidemment un fait dépendant de la volonté ; (...) un insensé n'ayant pas de volonté ne saurait être responsable même civilement des faits par lui accomplis pendant l'état de démence* »¹⁷²⁴

774. La doctrine était divisée sur la conception de la faute¹⁷²⁵. Les promoteurs d'une conception objective de la faute ont souhaité que la responsabilité des personnes dépourvues de raison soit admise¹⁷²⁶.

775. Dans un deuxième temps, la jurisprudence a tenté de limiter les cas d'irresponsabilité civile¹⁷²⁷. Elle a retenu une conception stricte de la notion de trouble mental, en excluant du champ de l'irresponsabilité, les personnes qui n'étaient pas totalement dépourvues de

¹⁷²³ Voir H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, tome 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, p. 518, n° 455.

¹⁷²⁴ Cass. req. 14 mai 1886, S. 1887, 1, 296.

¹⁷²⁵ Voir P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 595, n° 580.

¹⁷²⁶ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, tome 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965, p. 519, n° 456 et s..

¹⁷²⁷ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 597, n° 583 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 741, n° 733.

discernement¹⁷²⁸. La jurisprudence a aussi retenu la faute de l'individu lorsque l'absence de discernement trouvait son origine dans une faute de sa part. La notion de faute antérieure trouvait à s'appliquer en cas d'absorption d'alcool ou de drogue¹⁷²⁹.

776. En outre, la jurisprudence a tenté de limiter la portée du principe d'irresponsabilité, au champ de la responsabilité du fait personnel. En effet, depuis un arrêt du 28 avril 1947, la jurisprudence décidait que *« tant l'usage et les pouvoirs de direction et de contrôle, fondements de l'obligation de garde, que l'imputation d'une responsabilité présumée impliquent la faculté de discernement »*¹⁷³⁰. Puis, par un arrêt du 18 décembre 1964, la Haute juridiction a opéré un revirement de jurisprudence en décidant qu'une *« obnubilation passagère des facultés intellectuelles, qu'elle soit qualifiée de démence au sens de l'article 64 du Code pénal, ou qu'elle procède d'un quelconque malaise physique, n'est pas un évènement susceptible de constituer une cause de dommage extérieure ou étrangère au gardien »*¹⁷³¹. La personne atteinte d'un trouble mental ne pouvait donc plus se prévaloir de son état en matière de responsabilité du fait des choses.

777. La loi du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs a créé l'article 489-2 du Code civil qui dispose *« celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation »*. Le législateur a donc consacré le principe de la responsabilité civile de la personne atteinte de troubles mentaux. La jurisprudence est venue préciser le champ d'application de cet article. Dans un arrêt du 4 mai 1977, la Cour de cassation a indiqué que *« l'article 489-2 ne prévoit aucune responsabilité particulière et s'applique à toutes les responsabilités prévues aux articles 1382 et suivants dudit Code »*¹⁷³². Ainsi, comme l'avait jugé la jurisprudence antérieure à 1968, la personne atteinte de trouble mental est responsable du fait des choses dont elle a la garde.

¹⁷²⁸ CA Montpellier, 30 juillet 1930, S 1931, 2, p. 33, note A. BRETON ; CA Montpellier, 21 janvier 1955, DH 1945, p. 140.

¹⁷²⁹ CA Nancy, 28 novembre 1955, D. 1956, somm. 30 ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 décembre 1965, D. 1966, p. 397.

¹⁷³⁰ Cass. civ., 28 avril 1947, D. 1947, p. 329, concl. LENONAN, note H. LALOU ; S. 1947, 1, p. 115 ; JCP 1947, II 3601, note J. D. ; Gaz. Pal. 1947, 1, p. 279.

¹⁷³¹ Cass. civ. 2^{ème}, 18 décembre 1964, D. 1965, p. 191, concl. SCHMELCK, note P. ESMEIN ; JCP 1965, II 14304, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; RTD civ. 1966, obs. R. RODIERE.

¹⁷³² C. cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 1977, Bull. civ. II, n° 113, D. 1978, p. 393, note R. LEGEAIS, RTD civ. 1977, p. 772, obs. G. DURRY.

778. La loi du 5 mars 2007 a repris le contenu de l'article 489-2 dans l'article 414-3 du Code civil.

B) Les conditions du régime de responsabilité

779. L'application de l'article 414-3 du Code civil suppose la réunion de certaines conditions. Certaines sont relatives au trouble, d'autres à la personne.

780. Pour ce qui concerne la nature du trouble, le texte vise expressément le trouble mental. Il peut notamment s'agir d'une maladie mentale. En revanche, les troubles physiques sont exclus¹⁷³³. L'inconscience provoquée par des troubles physiques, du type crise cardiaque, épilepsie ou accident vasculaire cérébral, n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 414-3 du Code civil¹⁷³⁴. Une distinction doit donc être opérée entre les maladies en fonction de leur nature et non en fonction de leur effet. Cette distinction qui peut être jugée regrettable¹⁷³⁵ n'est pas sans incidence. En effet, la jurisprudence admet que les pathologies physiques empêchant la personne d'agir peuvent constituer une force majeure¹⁷³⁶. A l'inverse, le trouble mental ne peut pas constituer une cause étrangère exonératoire de responsabilité.

781. En outre, le trouble mental doit se manifester au moment du fait dommageable. Ainsi, il importe peu que le trouble mental soit permanent ou épisodique, temporaire ou définitif.

782. Pour ce qui concerne la personne atteinte du trouble mental, l'article 414-3 du Code civil ne fait pas de distinction. Il a été jugé que le texte était applicable au mineur souffrant

¹⁷³³ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 606, n° 591 ; Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401, n° 32.

¹⁷³⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 4 février 1981, D. 1983, p.1 note P. GAUDRAT ; JCP 1981, II 19656.

La Haute juridiction casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble qui, le 4 décembre 1978, avait considéré que « *le bref passage de la connaissance à l'inconscience constitue un trouble mental.* »

¹⁷³⁵ Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401, n° 32.

¹⁷³⁶ Voir les développements consacrés à l'exonération de la responsabilité contractuelle n° 838

de troubles mentaux¹⁷³⁷. En outre, il est applicable, que le majeur fasse ou non l'objet d'une mesure de protection juridique. De même, il importe peu le trouble mental ait ou non justifié une hospitalisation de la personne dans un établissement psychiatrique.

Paragraphe 2 : La responsabilité civile du fait d'autrui

783. L'article 121-1 du Code pénal dispose « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ». Le principe de responsabilité personnelle est clairement affirmé en droit pénal. Par conséquent, la responsabilité pénale du fait d'autrui est exclue. Il convient néanmoins de constater que les régimes de la responsabilité pénale de la personne morale et du dirigeant d'entreprise constituent un assouplissement au principe d'exclusion¹⁷³⁸.

784. A l'inverse, en droit civil, il existe de nombreux régimes de responsabilité du fait d'autrui. L'objectif de ce type de responsabilité est l'indemnisation de la victime.

785. Avant d'analyser le régime de la responsabilité du fait d'une personne atteinte de troubles mentaux (II), il est nécessaire de présenter le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui (I).

I- Le mécanisme d'imputation à autrui

786. L'article 1384 du Code civil dispose dans son premier alinéa « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ».

787. Le mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui ne fait pas disparaître la responsabilité personnelle de l'auteur du fait dommageable. Elle permet seulement d'ajouter un autre débiteur à l'obligation de réparation dans un souci de garantir l'indemnisation de la victime. Il convient toutefois de réserver le cas de la responsabilité du

¹⁷³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juillet 1976, Bull. civ. I, n° 270 ; JCP 1978, II 18793, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; RTD civ. 1976, p. 783, note G. DURRY ; Defrénois 1977, p. 401, obs. J.-L. AUBERT.

¹⁷³⁸ V. B. BOULOC, « Existe-t-il une responsabilité pénale pour autrui », in *La responsabilité du fait d'autrui, actualité et évolution*, Resp. civ. et assur., novembre 2000, n° hors série, p. 36.

commettant du fait de son préposé, dans lequel la victime ne dispose pas d'un droit d'option¹⁷³⁹.

788. La responsabilité du fait d'autrui est conçue comme une responsabilité indirecte. Il est en effet nécessaire d'identifier un fait générateur matériellement commis par une personne (A) avant de l'imputer à autrui.

A) Le fait d'autrui

789. Le fait générateur de la responsabilité d'autrui est un fait qui a causé un dommage. La question peut se poser de savoir si ce fait doit être constitutif d'une faute ou si un simple fait dommageable suffit.

790. En matière de responsabilité des parents du fait de leurs enfants, dans la jurisprudence *Fullenwarth*, la Cour de cassation a affirmé que pour engager la responsabilité des parents il suffit que le mineur « ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime »¹⁷⁴⁰. Le terme faute n'apparaissant pas, il était possible d'en déduire l'abandon de l'exigence de la faute de l'enfant. Dans l'arrêt *Levert*, la Haute juridiction a affirmé clairement que la faute de l'enfant n'était pas nécessaire. Elle retient que « la responsabilité de plein droit encourue par les père et mère du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant »¹⁷⁴¹. Par conséquent, il suffit que le dommage ait été directement causé par le fait,

¹⁷³⁹ Dans l'arrêt *Costedoat*, la Cour de cassation a jugé que « ne saurait engager sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui a agi sans excéder les limites de la mission qui lui avait été assignée par son commettant ». (Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, Bull. civ. n° 2 ; GAJC, n° 225 ; D. 2000, p. 673, note Ph. BRUN ; JCP 2000, II 10295, note M. BILLAU.

L'arrêt *Cousin* apporte une limite au principe en considérant que « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci » (Cass. Ass. Plén., 14 décembre 2001, Bull. n° 17 ; JCP 2002, II 10026, note M. BILLAU, D. 2002, p. 1230 note J. JULIEN).

Par deux arrêts du 9 novembre 2004, la Cour de cassation a jugé que le commettant était seul responsable des dommages causés par le préposé qui n'excède pas les limites de sa mission, même si le préposé jouit d'une indépendance professionnelle. (Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 260 et 262 ; D. 2005, p. 253, note F. CHABAS ; JCP 2005, II 10020, note S. PORCHY-SIMON ; RTD civ. 2005, p. 143, obs. P. JOURDAIN.)

¹⁷⁴⁰ Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *Fullenwarth*, Bull. civ., n° 4 ; GAJC n° 208-209 ; D. 1984, p. 525, concl. M. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984, II 20255, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; RTD civ. 1984, p. 508, obs. J. HUET.

¹⁷⁴¹ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, *Levert*, Bull. civ. II, n° 96 ; D. 2001, p. 2851, note O. TOURNAFOND ; D. 2002, somm. 1315, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2001, II 10613, note J. MOULY ; JCP 2002, I 124, obs. G. VINEY ; Defrénois 2001, p. 1275, note E. SAVAUX ; RTD civ. 2001, p. 601, note P. JOURDAIN.

même non fautif, du mineur¹⁷⁴². Certains auteurs considèrent que la responsabilité des parents est devenue une responsabilité directe qui se substitue à la responsabilité du mineur¹⁷⁴³. Cependant, il convient de préciser que ce nouveau régime ne remet pas en cause le système de l'imputation. En effet, les parents sont responsables de faits qu'ils n'ont pas commis.

791. En matière de responsabilité des commettants du fait de leur préposé, la jurisprudence exigeait la faute du préposé¹⁷⁴⁴. Le commettant est responsable si le fait est susceptible d'engager la responsabilité du commettant. Il convient de relever que le commettant engage sa responsabilité même si son préposé présente un trouble mental¹⁷⁴⁵. Il convient de relever que la jurisprudence a créé une immunité du préposé qui n'excède pas les limites de sa mission¹⁷⁴⁶. Cependant, si l'immunité empêche la victime d'engager une action en responsabilité contre le préposé, elle ne fait pas disparaître l'appréciation abstraite de la faute. Pour pouvoir engager la responsabilité du commettant, il faut un fait qui, en théorie, pourrait engager la responsabilité personnelle du préposé.

792. En matière de responsabilité générale du fait d'autrui, il convient de se demander si le fait causal de la personne dont le mode de vie est contrôlé suffit, ou si une faute est nécessaire. Par analogie avec la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, il serait possible de penser que la faute de la personne dont on doit répondre, n'est pas exigée. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur cette question dans le domaine de personne devant répondre de dommages causés par une personne handicapée mentale. En revanche, elle a été amenée à prendre position dans le cadre d'une association sportive. En effet, dans un arrêt du 29 juin 2007, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que *« les associations sportives, ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres, sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu est imputable à l'un de*

¹⁷⁴²Cass. Ass. Plén., 13 décembre 2002, Bull. civ., n° 4 ; D. 2003, p. 231, note P. JOURDAIN ; JCP 2003, II 10010, note A. HERVIO-LELONG ; Gaz. Pal. 7-8 mars 2002, note F. CHABAS.

¹⁷⁴³P. JOURDAIN, « La responsabilité civile du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Etude à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presse Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 76.

¹⁷⁴⁴Cass. civ. 2^{ème}, 8 octobre 1969, Bull. civ. II, n° 269.

¹⁷⁴⁵Cass. civ. 2^{ème}, 7 mars 1977, D. 1977, p. 501, note Ch. LARROUMET.

¹⁷⁴⁶Arrêt *Costedoat*, précité.

ses membres, même non identifié »¹⁷⁴⁷. Ainsi en matière d'association sportive, le fait causal ne suffit pas, il faut une faute. Cette solution sera-t-elle généralisée à l'ensemble des régimes de responsabilité fondés sur l'article 1384 al. 1 ? Ceci n'est pas certain. En effet, il convient de constater que la responsabilité des clubs sportifs du fait de leurs membres a pour fondement le contrôle de l'activité des membres. Il se rapproche ainsi du régime de la responsabilité des commettants¹⁷⁴⁸. Il n'est donc pas impossible de penser qu'il puisse coexister deux régimes de responsabilité au sein de l'article 1384 al. 1 du Code civil. Le fait causal suffirait lorsque le fondement de la responsabilité d'autrui serait le contrôle du mode de vie d'autrui, tandis qu'une faute serait nécessaire lorsque le fondement de la responsabilité serait le contrôle de l'activité d'autrui. Toutefois, la coexistence de deux régimes qui seraient tous deux fondés sur l'article 1384 al. 1 du Code civil n'est pas souhaitable et difficilement compréhensible. Certains auteurs souhaitent que l'exigence d'un fait susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage, soit généralisée à l'ensemble des responsabilités du fait d'autrui¹⁷⁴⁹. Il est vrai qu'il peut sembler inéquitable, même dans un souci d'indemnisation des victimes, qu'autrui puisse être responsable d'un fait qui ne serait pas (au moins abstraitement) générateur d'une responsabilité pour l'auteur principal. Il est tout aussi inéquitable qu'autrui soit responsable d'un fait dont il n'aurait pas été responsable s'il l'avait commis lui-même.

793. Il convient de relever que l'article 1355 du projet CATALA prévoit que la responsabilité du fait d'autrui « *suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage* »¹⁷⁵⁰. D'une manière équivalente, l'article 13 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile proposé par François TERRE, précise

¹⁷⁴⁷ Cass. Ass. Plén., 29 juin 2007, Bull. civ., n°7 ; JCP 2007, II 10150, note J.-M. MARMAYOU ; JCP E 2007, p. 2198, note C. RADE.

Voir déjà dans le même sens : Cass. civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003 ; Bull. civ. II, n° 356 ; D. 2004, p. 300, note G. BOUCHE ; JCP 2004, II 10017, note J. MOULY ; JCP 2004, I 163, obs. G. VINEY.

Nota : la solution est identique lors d'un entraînement. (Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2004, Bull. civ. II, n° 477 ; D. 2005, p. 40, note J.-B. LAYDU ; RTD civ. 2005, p. 412, obs. P. JOURDAIN.)

¹⁷⁴⁸ Il convient d'ailleurs de relever que l'exigence de la faute caractérisée par une faute de jeu se retrouve pour la responsabilité des joueurs professionnels laquelle relève de la responsabilité du commettant du fait de son préposé.

Cass. civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, Bull. civ. II, n° 194 ; D. 2004, p. 2601, note Y.-M. SERINET ; JCP 2004, II 10131 note M. IMBERT.

¹⁷⁴⁹ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 958 et 965, n° 789-22 et 789-26.

¹⁷⁵⁰ G. VINEY, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, sous dir. P. CATALA, septembre 2005, p. 157.

que le fait générateur de tous les régimes de responsabilité du fait d'autrui doit être un délit civil¹⁷⁵¹.

B) L'imputabilité du fait d'autrui

794. L'attribution des conséquences d'un dommage causé par un autre est admise lorsque la personne contrôle soit le mode de vie, soit l'activité de cette autre personne. Pour les personnes qui organisent et contrôlent le mode de vie de la personne, c'est l'autorité dont elles bénéficient qui fonde l'imputabilité¹⁷⁵². C'est parce qu'elles ont la garde d'autrui qu'elles doivent répondre de son comportement. Pour les personnes qui contrôlent l'activité d'une autre, c'est le risque créé par l'activité et le pouvoir d'encadrement qui justifient l'imputation¹⁷⁵³.

795. La question peut se poser de savoir si l'imputation suppose une faute du répondant. Initialement, les régimes de responsabilité du fait d'autrui étaient des régimes de faute prouvée ou de faute présumée. La position de la jurisprudence a évolué vers une objectivation de la responsabilité d'autrui et donc dans le sens d'une diminution de l'importance de la faute¹⁷⁵⁴. La responsabilité des parents et des artisans était fondée sur une présomption de faute dans la surveillance et l'éducation. Ces devoirs découlent de l'autorité parentale. Puis, l'arrêt *Bertrand*¹⁷⁵⁵ a opéré un revirement de jurisprudence en consacrant une responsabilité de plein droit des pères et mères. Depuis cet arrêt, seule la force majeure et la faute de la victime sont des causes d'exonération de la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur.

¹⁷⁵¹C. BLOCH, A. OUTIN-ADAM, J.-S. BORGHETTI... [et al.], *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 3.

¹⁷⁵²P. JOURDAIN, « La responsabilité civile du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Etude à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presse Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 72.

¹⁷⁵³Ibid p. 73.

¹⁷⁵⁴Ibid. p. 68 et s.

¹⁷⁵⁵Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 1997, Bull. civ. II, n° 56, GAJC n° 208-209 ; JCP 1997 II, n° 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY ; D. 1997, p. 290, note D. MAZEAUD, Gaz. Pal. 1997, 2, p. 572, note F. CHABAS.

796. Par ailleurs, la responsabilité du commettant se fondait sur la faute dans le choix ou la surveillance du préposé¹⁷⁵⁶. Désormais, le commettant n'est exonéré de sa responsabilité que si son préposé a commis un abus de fonction, c'est-à-dire s'il « *a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions* »¹⁷⁵⁷. Le fondement de la responsabilité du commettant s'est détaché de la faute pour se rapprocher du risque créé par l'activité de l'entreprise.

797. Le régime de la responsabilité des instituteurs reste un régime de responsabilité pour faute. Le septième alinéa de l'article 1384 du Code civil, prévoit expressément, l'exigence d'une faute, d'une imprudence ou d'une négligence de l'enseignant.

798. Enfin, en matière de responsabilité générale du fait d'autrui, il importe de relever que la jurisprudence a instauré un régime de responsabilité sans faute. En effet, dans un arrêt du 26 mars 1997, la Cour de cassation a précisé que « *les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute* »¹⁷⁵⁸.

799. Ainsi, à l'exception du cas des instituteurs, la question de l'imputation du fait dommageable est indépendante de la notion de faute. Les répondants sont responsables même s'ils n'ont pas commis de faute.

II- La responsabilité du fait d'une personne atteinte de trouble mental

800. La jurisprudence a dégagé le principe d'une responsabilité générale du fait d'autrui fondée sur le premier alinéa de l'article 1384 du Code civil (A). La responsabilité du fait d'une personne atteinte de trouble mental est une illustration de ce régime général (B).

¹⁷⁵⁶P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 976n° 791-1.

¹⁷⁵⁷Cass. Ass. Plén., 19 mai 1988, Bull. civ., n° 5, D. 1988, p. 513, note Ch. LARROUMET, Gaz. Pal. 1988, 2, p. 640, concl. M. DORWLING-CARTER ; Defrénois 1988, p. 1097, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1989, p. 89, obs. P. JOURDAIN.

¹⁷⁵⁸Cass. crim., 26 mars 1997, Bull. crim., n° 124 ; GAJC n° 218-219; D. 1997, p. 496, note P. JOURDAIN ; JCP 1998, II 10015, note M. HUYETTE.

A) L'existence de la responsabilité générale du fait d'autrui

801. L'article 1384 du Code civil prévoit différents régimes de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui. En matière de responsabilité du fait d'autrui, il existe plusieurs régimes spéciaux de responsabilité : la responsabilité des parents du fait de leurs enfants et de l'artisan du fait de son apprenti¹⁷⁵⁹, la responsabilité du commettant du fait de son préposé¹⁷⁶⁰ et la responsabilité des instituteurs du fait de leurs élèves¹⁷⁶¹. La personne handicapée mentale peut relever d'un de ces régimes de responsabilité. Cependant, il est possible de se demander si d'autres personnes que ses parents lorsqu'elle est mineure ou son commettant lorsqu'elle travaille peuvent avoir à répondre de ses faits dommageables. Pour répondre à cette question, il importe de savoir s'il existe d'autres régimes de responsabilité du fait d'autrui.

802. Traditionnellement, il était admis que la liste des personnes qui répondent du dommage causé par une autre était une liste limitative qui devait être interprétée restrictivement¹⁷⁶². Par conséquent, le premier alinéa de l'article 1384 ne pouvait être lu comme édictant un principe général de la responsabilité du fait d'autrui. Ce principe n'excluait pas toute responsabilité mais seulement l'application de la présomption de faute. Une personne pouvait être responsable « du fait d'autrui » sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

803. A l'inverse, en matière de responsabilité du fait des choses, la jurisprudence *Teffaine* a consacré une responsabilité générale du fait des choses fondée sur l'article 1384 al. 1¹⁷⁶³. Il pouvait donc paraître surprenant que puisse se dégager de l'article 1384 al. 1 un principe général du fait des choses mais pas du fait d'autrui.

804. Avec l'arrêt *Blieck*, la Cour de cassation abandonne son interprétation traditionnelle en affirmant clairement que la liste des personnes responsables du fait d'autrui ne présente

¹⁷⁵⁹ C. civ., art. 1384 al. 4.

¹⁷⁶⁰ C. civ., art. 1384 al. 5.

¹⁷⁶¹ C. civ., art. 1384 al. 7.

¹⁷⁶² Cass. Req., 21 octobre 1901, S. 1902, 1, p. 32 ; Cass. civ. 2^{ème} 24 novembre 1976, D. 1977, p. 595, note Ch. LARROUMET.

¹⁷⁶³ Cass. civ., 16 juin 1896, DP 1897, 1, p. 433, concl. L. SARRUT, note R. SALEILLES, S. 1897, 1, p. 17, note A. ESMEIN.

pas un caractère limitatif¹⁷⁶⁴. La jurisprudence a donc désormais le pouvoir de dégager de nouveaux cas de responsabilités du fait d'autrui. L'arrêt *Blieck* a été rendu en matière de dommages causés par une personne handicapée mentale. Le critère fondant ce régime est la garde d'autrui. L'arrêt *Blieck* a ouvert la voie à d'autres cas de responsabilité du fait d'autrui.

805. Pour ce qui concerne les personnes susceptibles d'engager la responsabilité d'autrui, force est de constater que la jurisprudence concerne principalement des mineurs délinquants ou en danger¹⁷⁶⁵ et des personnes handicapées mentales¹⁷⁶⁶. Par conséquent, ont été déclarées responsables des associations d'actions éducatives, des établissements spécialisés ayant une mission de garde décidée par l'autorité publique. En outre, il convient de relever, que la juridiction administrative adopte une solution similaire. En effet, sans viser l'article 1384 alinéa 1, le Conseil d'Etat a considéré que « *la décision par laquelle le juge des enfants confie la garde d'un mineur, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative prise en vertu des articles 375 et suivants du code civil, à l'une des personnes mentionnées à l'article 375-3 du même code, transfère à la personne qui en est chargée la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur, qu'en raison des pouvoirs dont l'Etat se trouve ainsi investi lorsque le mineur a été confié à un service ou établissement qui relève de son autorité, sa responsabilité est engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur, que cette responsabilité n'est susceptible d'être atténuée ou supprimée que dans le cas où elle est imputable à un cas de force majeure ou à une faute de la victime* »¹⁷⁶⁷. Cette solution a été étendue à l'hypothèse où le président du Conseil général admet, à la demande des parents la prise en charge de l'enfant dans le service de l'aide sociale à l'enfance du département¹⁷⁶⁸. Une décision de l'autorité publique est

¹⁷⁶⁴ Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991, D. 1991, p. 324, note Ch. LARROUMET ; JCP 1991, II 21673, concl. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; Gaz. Pal. 1992, 2, p. 513, note F. CHABAS ; Defrénois 1991, p. 729, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN.

¹⁷⁶⁵ Cass. crim., 10 octobre 1996, Bull. crim., n° 357, D. 1997, p. 309, note M. HUYETTE, JCP 1997, II 22883, note F. CHABAS.

¹⁷⁶⁶ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 948, n° 789-15.

¹⁷⁶⁷ CE 11 février 2005, Resp. civ. et assur. 2005, comm. 192, note Ch. GUETTIER ; JCP 2005, II 10070, concl. Ch. DEVYS, note M.-C. ROUAULT ; D. 2005, p. 1762, note F. LEMAIRE.

¹⁷⁶⁸ CE, 26 mai 2008, AJDA 2008 ; AJ 2081, obs. F.-X. FORT ; LPA 29 septembre 2008, note C. MARLIAC ; RLDC 2008, 51, n° 3055, obs. C. PICHON

nécessaire¹⁷⁶⁹. La jurisprudence refuse de reconnaître la responsabilité des gardiens de fait¹⁷⁷⁰. S'agissant du tuteur, la jurisprudence reconnaît la responsabilité du tuteur d'un mineur¹⁷⁷¹ mais pas du tuteur d'un majeur¹⁷⁷². L'exigence d'une décision de l'autorité judiciaire s'explique par le fait que seule une telle décision peut transférer la garde juridique de l'enfant. Les régimes de responsabilité du fait d'autrui s'appliquant de manière alternative aux régimes spéciaux de responsabilité¹⁷⁷³, dès lors que les parents de l'enfant sont responsables, il n'est pas utile de créer un autre régime de responsabilité.

806. Par ailleurs, la jurisprudence a également admis la responsabilité des associations sportives du fait de leurs membres¹⁷⁷⁴, ainsi que des associations de loisirs¹⁷⁷⁵. La responsabilité découle du fait que les associations ont pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives ou manifestations auxquelles ils participent.

B) Le régime de la responsabilité du fait d'une personne handicapée mentale

807. Les faits de l'arrêt *Blieck*, concernaient une personne handicapée mentale placée dans un centre d'aide par le travail qui a mis le feu à une forêt appartenant aux consorts Blieck. La Cour de cassation a jugé que dans la mesure où « l'association avait accepté la

¹⁷⁶⁹Cass. civ. 2^{ème}, 24 mai 2006, Bull. civ. II, n° 136 ; LPA 9 février 2007, note A. PAULIN ; RDSS 2006, p. 760, note D. CRISTOL ; RTD civ. 2006, p. 779, obs. P. JOURDAIN. (refus de reconnaître la responsabilité de l'établissement spécialisé auquel l'enfant a été confié par ses parents sans décision de l'autorité publique)

¹⁷⁷⁰Cass. civ. 2^{ème}, 18 décembre 1996; Bull. Civ. II, n° 217, Resp. civ. et assur., 1996, com. 376 ; JCP 1996, IV 2208, obs. M.-C. LEBRETON. (refus de reconnaître la responsabilité des grands-parents.)

¹⁷⁷¹Cass. crim., 28 mars 2000, Bull. crim., n° 140 ; D. 2000, somm. 466, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2000, I 241, n° 9, obs. G. VINEY ; JCP 2000, II 10457, note C. ROBACZEWSKI ; LPA 16 juin 2000, note A.-M. GALLIOU-SCANVION ; RTD civ. 2000, p. 245, note J. HAUSER.

¹⁷⁷²Cass. civ. 25 février 1998, Bull. civ. II, n° 62, D. 1998, p. 315, concl. KESSOUS ; JCP 1998, II 10149, note G. VINEY ; RTD civ. 1998, p. 389, obs. P. JOURDAIN.

Nota : Jérôme JULIEN relève fort justement qu'il aurait été préférable que le juge tente d'appliquer les critères dégagés dans l'arrêt *Blieck* pour exclure en l'espèce la responsabilité du tuteur non professionnel. (V. J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, préf. LE TOURNEAU Ph., Thèse de doctorat de droit, Toulouse, 1999, PUAM, 2001. n° 252, p. 343)

¹⁷⁷³Voir : P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 968, n° 789-28.

¹⁷⁷⁴Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, Bull. civ. II, n° 155 ; JCP 1995, II 22550, note J. MOULY ; JCP 1995, I 3893, obs. G. VINEY.

¹⁷⁷⁵Cass. civ. 2^{ème}, 12 décembre 2002, Bull. civ. II, n° 289, JCP 2003, I 154, obs. G. VINEY ; Resp. civ. et assur. 2003, chron. 4 par H. GROUDEL ; LPA 30 septembre 2003, note J.-B. LAYDU ; RTD civ. 2003, p. 305, obs. P. JOURDAIN

*charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé, elle devait répondre de celui-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, et qu'elle était tenue de réparer les dommages qu'il avait causés »*¹⁷⁷⁶. Cet arrêt qui a consacré l'existence d'une responsabilité générale du fait d'autrui, pose les conditions permettant une mise en œuvre du régime.

808. La première condition est relative à la garde d'autrui. Il convient de relever que la garde juridique, c'est-à-dire qui découle d'une disposition légale ou d'une décision de l'autorité publique, suffit pour engager la responsabilité de la personne¹⁷⁷⁷. Il n'est pas nécessaire que la personne exerce un pouvoir effectif sur la personne handicapée mentale. Il a été jugé, alors que le mineur était placé de manière provisoire dans un foyer d'accueil, *« qu'un département à qui la tutelle d'un mineur, demeurée vacante, a été déférée par décision d'un juge des tutelles, et qui est dès lors investi de la charge d'organiser, de contrôler et de diriger à titre permanent le mode de vie de ce mineur, demeure responsable de plein droit du fait dommageable commis par celui-ci, dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative »*¹⁷⁷⁸. En revanche, une simple convention ne suffit pas pour transférer la garde. En effet, lorsque le mineur handicapé est hébergé dans une institution spécialisée à la demande de ses parents, seule la responsabilité des parents peut être engagée sur le terrain délictuel¹⁷⁷⁹. La responsabilité contractuelle de l'établissement peut toutefois, être envisagée¹⁷⁸⁰. Dans un arrêt du 24 mai 2006, la Haute juridiction, après avoir constaté que l'institut médico-pédagogique s'était vu confier par la Commission départementale d'action sociale, la mission d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie du mineur, a jugé que *« la responsabilité de l'association gestionnaire de l'IMP « ne pouvait être retenue du chef de la situation personnelle de la victime mais exclusivement au regard des conditions de placement du mineur »* et que l'auteur des faits *« n'ayant pas été confié à l'association gestionnaire par décision de justice,*

¹⁷⁷⁶Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991, précité.

¹⁷⁷⁷F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 855, n° 852.

¹⁷⁷⁸Cass. civ. 2^{ème}, 7 octobre 2004, Bull. civ. II, n° 453 ;D. 2005, p. 815, note M. HUYETTE; JCP 2005, I 132, n° 6, obs. G. VINEY ; RTD civ., 2005, p. 102, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁷⁹Cass. Crim. 18 mai 2004, Bull. crim., n° 123, Resp. civ. et assur. 2004, n° 249.

¹⁷⁸⁰Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2005 ; Bull. civ. II, n° 121.

la responsabilité de cette association ne pouvait être recherchée que sur le fondement contractuel »¹⁷⁸¹.

809. Pour ce qui concerne la personne handicapée mentale, la question de la décision de l'autorité publique soulève une difficulté. En effet, les décisions d'orientations et la désignation de l'établissement propre à accueillir la personne handicapée sont prises par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées¹⁷⁸². Cette commission comprend notamment des représentants de l'Etat, du département et de l'Agence régionale de santé¹⁷⁸³. La CDAPH fait partie de la Maison départementale des personnes handicapées qui est un groupement d'intérêt public constitué pour une durée indéterminée, dont le département assure la tutelle administrative et financière¹⁷⁸⁴. Les décisions de la CDAPH peuvent faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives pour ce qui concerne notamment l'orientation de l'adulte handicapé¹⁷⁸⁵. La décision émane donc d'une autorité qui peut être qualifiée d'administrative et de publique. Cependant, il ne s'agit pas d'une autorité judiciaire.

Dans la mesure où les jurisprudences posant l'exigence d'une décision judiciaire ont été rendues dans des affaires concernant des mineurs, il est possible de se demander si cette exigence s'impose également pour les personnes handicapées mentales majeures. En effet, alors que le juge des enfants est amené à prononcer le placement de l'enfant « en danger » ou délinquant, le juge judiciaire n'intervient pas en principe pour statuer sur le placement de l'adulte. Une des rares hypothèses dans laquelle le juge peut décider d'un placement, c'est dans le cadre de l'irresponsabilité pénale pour trouble mental où le juge peut désormais décider de l'hospitalisation d'office de la personne. En outre, le tuteur, même lorsqu'il se voit confier une mission de protection de la personne, n'a pas à proprement parler la garde juridique de celui-ci. Il doit assurer la protection de la personne mais ne contrôle pas à titre permanent son mode de vie. La loi ne confère pas au tuteur d'un majeur, le pouvoir de garde. Ainsi, une application stricte de la condition relative à la décision judiciaire conduirait

¹⁷⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2006, Bull. civ. I, n° 136.

¹⁷⁸² CASF, art. L. 241-6.

¹⁷⁸³ CASF, art. R. 241-24.

¹⁷⁸⁴ CASF, art. L. 146-4.

¹⁷⁸⁵ CASF, art. L. 241-9.

à rendre quasiment théorique les cas dans lesquels une personne serait responsable d'un majeur handicapé mental.

Il est vrai que l'article 414-1 du Code civil permet d'engager directement la responsabilité du majeur atteint de troubles mentaux. L'exigence d'une décision judiciaire permet d'éviter le cumul de responsabilité du fait d'autrui. Cependant, cette fonction ne se retrouve pas dans le cas des majeurs puisque leurs parents ne sont plus responsables. Il semble opportun que la jurisprudence intervienne pour préciser que le placement par décision judiciaire n'est pas une des conditions de la responsabilité du fait d'une personne handicapée mentale. Il semble équitable que l'établissement qui reçoit à titre habituel des personnes handicapées mentales, dans un milieu protégé, soit responsable des dommages causés aux tiers. Il convient de remarquer que l'article 1357 du projet CATALA prévoit qu'est « *responsable des dommages causés par un majeur dont l'état ou la situation nécessite une surveillance particulière, la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie* »¹⁷⁸⁶. La responsabilité du fait d'une personne handicapée mentale est subordonnée à une décision qui n'émane pas nécessairement de l'autorité judiciaire. L'article 15 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile proposé par François TERRE, adopte la même conception¹⁷⁸⁷.

810. La seconde condition est l'existence d'un certain rapport d'autorité. En effet, la personne doit avoir un pouvoir d'organisation et de contrôle sur le mode de vie de la personne handicapée mentale. Les établissements médico-sociaux et les établissements sanitaires qui accueillent à titre habituel des personnes handicapées mentales organisent le mode de vie de la personne. C'est l'établissement qui fixe les limites de la liberté de circulation de l'usager. Il exerce donc une autorité sur la personne.

811. La troisième condition pourrait tenir à l'exigence d'une faute commise par la personne handicapée mentale. Toutefois, comme cela a été précédemment indiqué, la jurisprudence se contente d'un fait causal de l'enfant et ne s'est pas expressément

¹⁷⁸⁶G. VINEY, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, sous dir. P. CATALA, septembre 2005, p. 157.

¹⁷⁸⁷C. BLOCH, A. OUTIN-ADAM, J.-S. BORGHETTI et al., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. F. TERRE, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 3.

prononcée sur le cas du majeur. Les deux projets de réforme prévoient l'exigence d'une faute¹⁷⁸⁸.

812. L'arrêt *Blieck* n'a pas précisé le régime de la responsabilité générale du fait d'autrui. La Cour de cassation a dans plusieurs arrêts rendus le 26 mars 1997 affirmé que « *les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute* »¹⁷⁸⁹. La jurisprudence a donc choisi un système de responsabilité objective. Les deux projets de réforme maintiennent la responsabilité de plein droit pour les personnes qui contrôlent le mode de vie de la personne suite à une décision administrative, judiciaire ou conventionnelle¹⁷⁹⁰. En revanche, ils mettent en place un système de présomption de faute de surveillance pour les personnes qui assument à titre professionnel la surveillance d'autrui¹⁷⁹¹.

Le fait dommageable causé par une personne atteinte de trouble mental est donc susceptible d'engager sa propre responsabilité, voire celle d'une autre personne. Après avoir envisagé la question sur le terrain délictuel, il convient de s'intéresser à la responsabilité contractuelle et précontractuelle de la personne atteinte de trouble mental.

Section 2 : La responsabilité civile contractuelle et précontractuelle

Il convient de présenter successivement la responsabilité précontractuelle (§1) et la responsabilité contractuelle (§2) qui relèvent de deux régimes différents.

¹⁷⁸⁸ Voir supra n° 793.

¹⁷⁸⁹ Cass. crim. 26 mars 1997, Bull. crim., n° 124, GAJC n° 218-219 ; D. 1997, p. 496, note P. JOURDAIN ; JCP 1997, II 10015, note M. HUYETTE.

¹⁷⁹⁰ V. article 1355 du projet CATALA et article 15 du projet TERRE.

¹⁷⁹¹ V. article 1358 du projet CATALA et article 16 du projet TERRE.

Paragraphe 1 : La responsabilité au niveau de la formation du contrat

Dans le cadre de la formation du contrat, la responsabilité de la personne mentale peut être engagée lorsque celui-ci sera annulé. Il importe de présenter les causes de nullité du contrat(I) avant d'en analyser les effets (II).

I- Les causes de nullité du contrat liées au trouble mental

813. Il existe plusieurs causes de nullité liées au trouble mental. L'une est indépendante des régimes de protection juridique (A), l'autre dépend de l'incapacité, conséquence des régimes de protection (B).

A) La nullité du contrat pour insanité d'esprit

814. Le Code civil de 1804 ne contenait pas de disposition générale relative au sort des actes passés par une personne atteinte de trouble mental. Il contenait seulement une disposition spéciale relative aux donations¹⁷⁹². C'est donc la jurisprudence qui a dégagé une théorie générale de la nullité des actes juridiques pour cause de démence¹⁷⁹³. La loi du 3 janvier 1968 est venue consacrer le principe de la nullité des actes pour insanité d'esprit¹⁷⁹⁴. La loi du 5 mars 2007 a repris les principes en les intégrant dans les articles 414-1 et suivants du Code civil.

815. L'article 414-1 du Code civil dispose « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ». Cet article pose le principe de la nullité pour insanité d'esprit et les conditions de sa mise en œuvre.

816. Le principe de la nullité de l'acte pour insanité est clairement affirmé. Cette cause de nullité s'explique par le fait qu'un consentement libre suppose une volonté consciente et éclairée. Pour que le trouble mental puisse causer la nullité de l'acte, il faut que la volonté

¹⁷⁹² C. civ. art. 901.

¹⁷⁹³ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 198, p. 173.

¹⁷⁹⁴ C. civ., art. 489 et 489-1 ancien.

de l'auteur de l'acte soit atteinte. Celle-ci peut porter soit sur l'aptitude à comprendre, soit sur la capacité de vouloir et donc de décider¹⁷⁹⁵. Cette cause de nullité peut trouver à s'appliquer aux malades mentaux mais également à toutes les personnes dont le discernement est altéré¹⁷⁹⁶. Peu importe l'origine de l'altération ou de l'abolition du discernement. Peu importe que le trouble soit temporaire ou permanent. Il suffit que le trouble soit présent lors de la conclusion de l'acte.

817. La charge de la preuve pèse sur la personne qui se prévaut de la nullité. Ceci est logique puisqu'il existe une présomption de capacité de la personne majeure. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens. L'hospitalisation psychiatrique de la personne constitue un indice. L'expertise psychiatrique peut également être un outil utile dans la démonstration. Le juge apprécie souverainement l'existence du trouble¹⁷⁹⁷. Il convient de préciser que la jurisprudence admet une présomption d'insanité d'esprit lorsqu'il est établi que la personne se trouvait dans un état habituel de démence à l'époque de l'acte litigieux¹⁷⁹⁸.

818. Le régime de l'action en nullité est posé par l'article 414-2 du Code civil. Ce régime de nullité varie selon que l'auteur de l'acte est ou non en vie. Du vivant de l'intéressé, l'action en nullité n'appartient qu'à lui¹⁷⁹⁹. Il s'agit donc d'une nullité relative qui se prescrit par cinq ans¹⁸⁰⁰. Il convient de relever que le nouvel article 414-1 du Code civil n'a pas repris la disposition de l'ancien article 489 dudit Code qui précisait que le tuteur et le curateur de la personne pouvaient agir en nullité. Toutefois, l'absence de référence expresse à cette possibilité d'action, ne signifie pas pour autant que le curateur et le tuteur ne peuvent pas demander la nullité de l'acte¹⁸⁰¹. En effet, l'article 504 du Code civil donne compétence au tuteur pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée. En outre, le

¹⁷⁹⁵F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 117, n° 100.

¹⁷⁹⁶J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 199, p. 174.

¹⁷⁹⁷Cass. civ. 2^{ème}, 23 octobre 1985, Bull. civ. II, n° 158 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1991, Bull. civ. I, n° 106.

¹⁷⁹⁸Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1980, Bull. civ. I, Bull. civ. I, n° 184 ; CA Paris, 10 janvier 1969, D. 1969, p. 331.

¹⁷⁹⁹C. civ., art. 414-2 al. 1.

¹⁸⁰⁰C. civ., art. 414-2 in fine et 1304.

¹⁸⁰¹J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 204, p. 176.

curateur peut se faire autoriser par le juge des tutelles à agir en nullité de l'acte¹⁸⁰². De la même manière, un mandataire spécial pourrait être désigné pour demander l'annulation d'un acte passé par une personne sous sauvegarde de justice¹⁸⁰³. Par ailleurs, dans la mesure où il s'agit d'une nullité relative, l'acte est susceptible de confirmation. La confirmation d'un acte nul pour insanité d'esprit étant un acte de disposition¹⁸⁰⁴, elle pourra être faite par le tuteur autorisé par le Conseil de famille ou le juge des tutelles. Elle pourra également être faite par le majeur assisté de son curateur ou par le curateur autorisé par le juge des tutelles, si on considère que l'absence de confirmation de l'acte compromet gravement les intérêts de la personne protégée¹⁸⁰⁵.

819. Lorsque la personne qui a passé l'acte est décédée, les héritiers ne peuvent l'attaquer pour insanité d'esprit que dans certains cas. Seule l'annulation d'une donation ou d'un testament n'est soumise qu'à la preuve du trouble mental. Pour les autres actes, outre l'existence du trouble mental, une autre condition doit être remplie. Pour être attaquant, l'acte doit porter en lui-même la preuve du trouble mental, ou avoir été passé alors que l'intéressé se trouvait sous sauvegarde de justice, ou si une action aux fins d'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle a été engagée avant le décès, ou s'il a été donné effet au mandat de protection future¹⁸⁰⁶. Les hypothèses faisant référence à l'existence d'une mesure de protection ou à la procédure tendant à une telle mesure rendent vraisemblable l'existence du trouble. Il convient de souligner que la jurisprudence apprécie de manière stricte la preuve intrinsèque à l'acte. Il a été jugé que le fait que les actes soient exclusivement conçus à l'encontre des intérêts de la personne ne caractérisait pas la preuve intrinsèque¹⁸⁰⁷. Le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner une mesure d'instruction pour déterminer les circonstances entourant la passation de l'acte¹⁸⁰⁸. Il peut paraître regrettable que la jurisprudence apprécie restrictivement la condition relative à la preuve intrinsèque. Il serait

¹⁸⁰² C. civ., art. 469 al. 2.

¹⁸⁰³ C. civ., art. 437.

¹⁸⁰⁴ Voir annexe du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, JO du 31 décembre 2008, p. 20631.

¹⁸⁰⁵ C. civ., art. 469.

¹⁸⁰⁶ C. civ., art. 414-2.

¹⁸⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 juillet 1960, Bull. civ. I, n° 297, JCP 1960, II 11748, note CB.

¹⁸⁰⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 28 septembre 1982, Gaz. Pal. 1983, 2, p. 455, note J. M.

souhaitable d'admettre que les héritiers puissent établir la preuve de l'insanité d'esprit en corroborant l'anormalité de l'acte avec d'autres éléments¹⁸⁰⁹.

B) La nullité du contrat pour incapacité

820. L'article 1108 du Code civil prévoit quatre conditions essentielles à la validité du contrat : le consentement, la capacité, un objet certain et une cause licite. L'article 1124 du Code civil prévoit que dans les limites fixées par la loi, les majeurs protégés sont incapables de contracter. L'étendue de l'incapacité dépend de la mesure de protection. Seuls les majeurs sous tutelle et curatelle sont frappés d'une incapacité d'exercice. Toutefois, il convient de préciser que l'acte passé par un majeur sous sauvegarde de justice alors qu'un mandataire spécial avait été désigné est entaché de nullité¹⁸¹⁰. L'action en nullité peut être exercée dans un délai de cinq ans, par le majeur protégé¹⁸¹¹ ou un mandataire spécial¹⁸¹².

821. Le régime de la nullité de l'acte varie selon qu'il est passé avant ou après l'ouverture de la mesure de protection. La loi du 5 mars 2007 a institué une période suspecte pour qui couvre les deux années précédant la publicité de l'ouverture de la mesure de curatelle ou de tutelle¹⁸¹³. L'ancien article 503 du Code civil, ne prévoyait l'annulation des actes passés antérieurement qu'en matière de tutelle. L'action n'est envisageable que pour des actes volontaires¹⁸¹⁴. L'ancien article 503 du Code civil exigeait la preuve que la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque de l'acte. Désormais, la nullité est subordonnée à la preuve de la notoriété de l'incapacité à défendre ses intérêts résultant de l'altération de ses facultés personnelles, ou de la connaissance par le cocontractant d'une telle incapacité à l'époque de la passation de l'acte¹⁸¹⁵. La preuve est donc plus facile à rapporter que pour l'insanité d'esprit. En revanche, elle est un peu plus

¹⁸⁰⁹ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 212, p. 180.

¹⁸¹⁰ C. civ., art. 435 al. 1.

¹⁸¹¹ C. civ., art. 435 al. 3.

¹⁸¹² C. civ., art. 437 al. 2.

¹⁸¹³ Afin que la durée de la procédure ne s'impute pas sur le délai de protection, il aurait pu être envisagé de choisir comme point de départ la saisie du juge des tutelles. Toutefois, dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire, le ministre de la justice refuse de faire évoluer le système en vigueur. (Rép. min. n°08645, min. Justice : JO Sénat Q, 8 oct. 2009, p. 2369) V. M. BRUGGEMAN, *Protection juridique des majeurs : retour sur le régime de régularité des actes...*, Dr. Famille, novembre 2009, alerte 79.

¹⁸¹⁴ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 481, p. 399.

¹⁸¹⁵ C. civ., art. 464.

difficile à rapporter qu'avant la réforme, car désormais c'est l'altération des facultés mentales et non pas simplement une cause, une maladie¹⁸¹⁶ qui doit être établie. En outre, le législateur de 2007 a ajouté une nouvelle condition à la nullité. Il est nécessaire que l'acte ait causé un préjudice à la personne protégée¹⁸¹⁷. Cette condition n'est pas exigée pour l'action en réduction de l'acte, également prévue par l'article 464 du Code civil. La nullité est facultative¹⁸¹⁸. Le juge bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation de la situation¹⁸¹⁹. L'action en nullité se prescrit par cinq ans à compter de la date du jugement d'ouverture de la mesure¹⁸²⁰.

822. Le régime de la nullité des actes passés pendant la mesure est régi par l'article 465 du Code civil. Cet article établit des distinctions en fonction de la capacité de la personne. Lorsque le majeur protégé avait la capacité d'accomplir seul l'acte, seules les actions en rescision ou en réduction sont envisageables¹⁸²¹. Toutefois, si l'acte a été autorisé par le Conseil de famille ou le juge des tutelles, de telles actions sont exclues. En revanche, si le majeur protégé accompli seul un acte pour lequel il aurait dû être assisté¹⁸²², ou si le majeur protégé accompli un acte pour lequel il aurait dû être représenté¹⁸²³, l'acte peut ou doit être annulé. En effet, le législateur a prévu une nullité facultative¹⁸²⁴ lorsque le majeur aurait dû être assisté, et une nullité de droit lorsque le majeur aurait dû être représenté. En outre, dans l'hypothèse où le majeur aurait dû être assisté, l'action en nullité est subordonnée à la preuve d'un préjudice subi par le majeur protégé. Une telle condition n'existe pas lorsque la représentation était nécessaire.

¹⁸¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 février 1985, Bull. civ. I, n° 59 ; D. 1985, p. 518, note J. MASSIP.

¹⁸¹⁷ C. civ., art. 464 al. 2.

¹⁸¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1980, Bull. civ. I, n° 128.

¹⁸¹⁹ Cass. 1^{ère} civ. 14 juin 2005, Bull. civ. I, n° 258 ; Defrénois 2005, p. 1858, obs. J. MASSIP ; RTD civ. 2006, p. 89, obs. J. HAUSER.

¹⁸²⁰ C. civ., art. 464 al. 3.

¹⁸²¹ C. civ., art. 465 1°.

¹⁸²² C. civ., art. 465 2°.

¹⁸²³ C. civ., art. 465 3°.

¹⁸²⁴ Sur la question du maintien de la qualification de nullité relative voir : J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 474, p. 394.

823. Pendant la mesure de protection, l'action en nullité est exercée par le majeur sous curatelle assisté du curateur¹⁸²⁵, ou par le curateur seul autorisé par le juge des tutelles¹⁸²⁶, ou le tuteur autorisé par le Conseil de famille ou le juge des tutelles¹⁸²⁷. Il convient de relever qu'il est surprenant, voire regrettable¹⁸²⁸, que l'action du tuteur soit subordonnée à une autorisation. En effet, en principe, le tuteur agit seul pour faire valoir les droits patrimoniaux du majeur protégé¹⁸²⁹. Après la levée de la mesure de protection, seule la personne qui a passé l'acte peut agir. Après le décès du majeur protégé, seuls les héritiers ont qualité pour agir. L'action en nullité se prescrit par cinq ans¹⁸³⁰ à compter du jour où le majeur protégé a eu connaissance de l'acte après la levée de la mesure de protection¹⁸³¹. Le législateur de 2007 n'a pas repris la règle permettant à la personne qui assure la protection du majeur de confirmer l'acte entaché de nullité¹⁸³². La seule confirmation envisagée par le nouveau texte est celle des actes accomplis par l'organe de protection seul, alors qu'il aurait dû être assisté du majeur, ou autorisé par le juge des tutelles, ou n'aurait pas dû le passer parce qu'il relevait de la compétence exclusive du majeur protégé¹⁸³³. Jacques MASSIP considère que la confirmation de l'acte passé par le majeur sous tutelle reste envisageable, mais subordonne le renoncement de ce droit à l'autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de famille¹⁸³⁴. Toutefois, cette considération va à l'encontre des travaux préparatoires du texte¹⁸³⁵. Il convient d'attendre le positionnement de la jurisprudence sur cette question.

¹⁸²⁵ C. civ. 468 al. 2.

Cette modalité d'action n'est envisageable, que si on considère que l'article 465 al.2 n'établit pas une liste limitative des personnes pouvant agir.

¹⁸²⁶ C. civ., art. 465 al.2.

¹⁸²⁷ Même article.

¹⁸²⁸ V. J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 531 et 532, p. 444 et s.. (qui n'hésite pas à qualifier d'inutile cette formalité)

¹⁸²⁹ C. civ., art. 475.

¹⁸³⁰ C. civ., art. 465 in fine et 1304.

¹⁸³¹ C. civ., art. 1304.

¹⁸³² L'ancien article 510-1 du Code civil prévoyait que le curateur pouvait confirmer un acte passé par le majeur sous curatelle seul. Dans la mesure où l'article 389-5 prévoit que l'administrateur légal du mineur pouvait avec l'autorisation du juge des tutelles renoncer à un droit, il était admis, grâce au renvoi opéré par l'ancien article 495 du Code civil, que le tuteur pouvait, s'il y était autorisé, confirmer l'acte.

¹⁸³³ C. civ., art. 465 4. Cet article prévoit un régime de nullité de plein droit et non subordonné à la démonstration d'un préjudice subi par le majeur protégé.

¹⁸³⁴ J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, n° 532, p. 446.

¹⁸³⁵ Le rapport n° 3557 de M. Emile BLESSIG à l'Assemblée nationale et le rapport n° 212 de M. Henri RICHEMONT au sénat, lors de l'examen de l'article 465 du Code civil, considère qu'il n'y a « *lieu de prévoir une possibilité de confirmation dans les autres cas d'irrégularité* :

– *dans l'hypothèse d'un empiétement de la personne protégée sur les pouvoirs du curateur ou du tuteur, il suffira que ceux-ci ne demandent pas la nullité pour l'acte soit maintenu* ;

II- Les effets de la nullité du contrat liée au trouble mental

La nullité entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat (A) et peut engager la responsabilité lorsqu'une faute est à l'origine de l'annulation (B).

A) L'anéantissement rétroactif du contrat

824. En application de l'adage « *quod nullum est, nullum producit facit* »¹⁸³⁶, l'annulation du contrat emporte des effets tant pour l'avenir que pour le passé. L'objectif est de replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté. L'annulation a pour effet un anéantissement rétroactif du contrat.

825. Lorsque le contrat a commencé à être exécuté, pour rétablir la situation initiale, il est nécessaire de procéder à des restitutions¹⁸³⁷. En principe les restitutions se font en nature, mais lorsque cela se révèle impossible, elles se font par équivalent. En principe tout doit être restitué. Cependant, le Code civil prévoit certaines atténuations à ce principe. Tel est le cas des fruits que le possesseur de bonne foi peut conserver¹⁸³⁸. Ainsi dès lors que le cocontractant ignorait l'incapacité, il peut conserver les fruits produits par le bien¹⁸³⁹.

826. Une atténuation au principe d'effet rétroactif est particulière aux cas de nullité pour incapacité. L'article 1312 du Code civil prévoit que lorsqu'un mineur ou un majeur en tutelle invoque la nullité pour incapacité, il ne doit restituer ce qu'il a reçu en exécution du contrat que si cela a tourné à son profit¹⁸⁴⁰. Il convient de se placer au jour de la restitution pour savoir si la chose objet du contrat, a ou non tourné au profit du majeur protégé¹⁸⁴¹. L'objectif de la règle est d'assurer une protection au majeur protégé en lui permettant de ne pas

– en cas d'irrégularité d'un acte laissé à la capacité de la personne protégée, il serait paradoxal de prévoir une confirmation dans la mesure où la nullité ou la réductibilité de l'acte est conditionnée à un préjudice ou une lésion ».

¹⁸³⁶ Ce qui est nul ne peut produire aucun effet.

¹⁸³⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 437, n° 424.

¹⁸³⁸ C. civ., art. 549.

¹⁸³⁹ C. civ., art. 550.

¹⁸⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 1978, Bull. civ. I, n° 147.

¹⁸⁴¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 440, n° 427.

restituer ce qu'il a dissipé¹⁸⁴². Toutefois, dans un souci d'équité, la jurisprudence¹⁸⁴³ admet assez facilement que ce qui a été reçu par le majeur protégé constitue un enrichissement¹⁸⁴⁴.

B) La responsabilité découlant de la nullité du contrat

827. L'annulation du contrat peut causer un préjudice différent de celui découlant du jeu des restitutions. Le cocontractant a en effet pu engager des frais, passer du temps, évincer d'autres offres¹⁸⁴⁵. Cependant, la nullité du contrat n'ouvre pas à elle seule, droit à réparation¹⁸⁴⁶. Pour pouvoir engager la responsabilité du contractant auquel l'invalidation du contrat est imputable, la nullité doit être due à une faute.

828. L'action en réparation est de nature délictuelle. Ihering, un auteur allemand avait proposé une qualification contractuelle en considérant que l'action en nullité serait elle-même la violation d'une convention tacite dont l'objet serait la conclusion d'un contrat valable¹⁸⁴⁷. Toutefois, le contrat étant nul, une action contractuelle est difficilement envisageable. En outre, la responsabilité précontractuelle est de nature délictuelle¹⁸⁴⁸. La responsabilité délictuelle est fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil. En outre, lorsque l'auteur du fait dommageable est une personne atteinte de trouble mental, il doit réparer le dommage¹⁸⁴⁹.

829. L'action en réparation peut être engagée par la personne qui agit en nullité mais également par le défendeur à l'action. Dans l'hypothèse d'une nullité pour incapacité ou insanité d'esprit, la personne vulnérable peut demander en plus de l'annulation du contrat la

¹⁸⁴² A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2010, p.179, n° 232 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 440, n° 427.

¹⁸⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1891, DP. 1892, 1.29. (L'enrichissement consistait en l'espèce en l'extinction d'une dette par l'emploi de l'argent versé par le contractant)

¹⁸⁴⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 440, n° 427.

¹⁸⁴⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 447, n° 433.

¹⁸⁴⁶ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2010, p.176, n° 229 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 447, n° 433.

¹⁸⁴⁷ IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (Œuvres choisies, trad. De Meulenaère, t.2) cité dans F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 447, n° 434.

¹⁸⁴⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 3 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 491.

¹⁸⁴⁹ C. civ., art. 414-3.

réparation des préjudices subis notamment si le cocontractant a profité de l'état de vulnérabilité en usant de violences ou de dol. Le cocontractant qui subit l'action en nullité pour incapacité pourra également demander la réparation de son préjudice. Tel sera notamment le cas lorsque l'incapable se sera rendu coupable de dol, en établissant par exemple une attestation de capacité.

830. Il convient de comparer la déclaration de capacité avec la déclaration de majorité que pourrait faire un mineur. L'article 1307 du Code civil prévoit que « *la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.* » Cet article signifie, que même si le mineur a commis une faute en mentant sur son âge, il a droit à restitution. A *contrario*, si le mineur a accompli des manœuvres dolosives et pas seulement une faute simple, il est responsable¹⁸⁵⁰. Il est possible de se demander si une telle solution ne serait pas transposable à une déclaration de capacité. Par analogie avec la situation du mineur, la jurisprudence¹⁸⁵¹ dans un premier temps a étendu l'application de l'article à tous les incapables¹⁸⁵². Puis, cette position étant apparue contraire à la lettre de l'article 489-2 du Code civil, la jurisprudence est revenue dessus. Désormais, l'article 1307 du Code civil n'est pas applicable au majeur protégé¹⁸⁵³. Par conséquent, la déclaration de capacité faite par un majeur protégé engage sa responsabilité.

Paragraphe 2 : La responsabilité au niveau de l'exécution du contrat

L'inexécution du contrat engage la responsabilité du débiteur (I) qui ne peut s'exonérer en faisant valoir que l'inexécution est due au trouble mental (II).

I- *Le principe de la responsabilité en cas d'inexécution contractuelle*

831. L'article 1304 du Code civil prévoit dans son premier aliéna que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». En vertu du principe de la

¹⁸⁵⁰ M. DAURY-FAUVEAU, « La faute de l'aliéné et le contrat », JCP 1998, I 160, n° 11.

¹⁸⁵¹ Cass. civ., 13 mars 1900, DP 1900, 1.588 ; S. 1903, 1.26

¹⁸⁵² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, tome 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965.

¹⁸⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, LPA 24 oct. 2003, note J. MASSIP.

force obligatoire, lorsque le contrat est valablement conclu, la personne doit l'exécuter. Relativement à la question de la capacité, le contrat est valablement conclu notamment lorsqu'il est passé par un majeur jouissant de sa capacité d'exercice ou d'un majeur sous curatelle assisté de son curateur.

832. L'absence d'exécution ou la mauvaise exécution engage la responsabilité contractuelle du contractant défaillant. L'article 1147 prévoit en ce sens que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, (...), encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». Il convient de préciser que l'inexécution de l'obligation contractuelle ne suffit pas pour engager la responsabilité du contractant défaillant. Il est nécessaire que l'inexécution soit fautive¹⁸⁵⁴. La question peut se poser de savoir si le contractant qui se trouve sous l'empire d'un trouble mental peut être responsable alors qu'il n'a pas souhaité voire n'a pas eu conscience de l'inexécution.

833. Dans l'ancien droit, il existait une hiérarchie au sein des fautes. La faute lourde se distinguait de la faute légère et de la faute très légère. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas repris cette distinction tripartite. Cependant, à la notion de faute, peuvent être associés différents qualificatifs. Ainsi il existe des fautes intentionnelles¹⁸⁵⁵, inexcusables¹⁸⁵⁶, dolosives¹⁸⁵⁷, lourdes¹⁸⁵⁸, simples¹⁸⁵⁹ ou légères¹⁸⁶⁰. Il convient de relever que les fautes

¹⁸⁵⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2009, p. 575, n° 571.

¹⁸⁵⁵ La faute intentionnelle est une « *faute commise avec intention de nuire à autrui, plus généralement avec celle de causer le dommage.* » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

¹⁸⁵⁶ La faute inexcusable est une « *faute particulièrement grave qui suppose chez son auteur la conscience d'un danger et la volonté téméraire de prendre le risque de sa réalisation sans raison valable (sans cependant impliquer la volonté de causer ce dommage, en quoi elle se distingue de la faute intentionnelle, notion retenue dans le Droit des accidents, du travail, et le Droit des transports).* » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

¹⁸⁵⁷ La faute dolosive est une « *espèce de faute contractuelle, naguère synonyme de faute intentionnelle, aujourd'hui caractérisée par le fait que le débiteur, malhonnête, manque sciemment à ses obligations* » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

¹⁸⁵⁸ La faute lourde est un « *comportement qui s'écarte largement du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille, comportement qui dénote chez son auteur, soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée.* » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

¹⁸⁵⁹ La faute simple, ou ordinaire, est « *en quelque sorte une faute moyenne, ni spécialement grave, ni légère, elle est la base du droit commun* ». (A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 12^{ème} éd., 2010, n° 412-3.)

volontaires, qu'elles soient qualifiées d'intentionnelles, d'inexcusables ou de dolosives, ne sont pas envisageables pour une personne atteinte de trouble mental, dépourvue de libre arbitre¹⁸⁶¹. Par conséquent, si une faute d'une certaine gravité était exigée pour engager la responsabilité contractuelle, le contractant atteint de trouble mental ne serait pas responsable. Le Code civil n'a pas repris la hiérarchie tripartite entre les fautes ni ses conséquences en terme de responsabilité. Toute faute, quelle que soit son degré de gravité, peut engager la responsabilité contractuelle. Ce n'est pas l'intensité de la faute qui est importante, mais le manquement qui dépend de l'intensité de l'obligation.

834. En effet, la preuve de l'inexécution fautive est différente selon que le manquement porte sur une obligation de résultat ou sur une obligation de moyen¹⁸⁶². L'inexécution d'une obligation de moyen est fautive lorsque le débiteur ne s'est pas comporté comme un « bon père de famille », n'a pas mis en œuvre tous les moyens pour remplir son engagement. La preuve de l'inexécution d'une obligation de résultat est établie par l'absence du résultat attendu.

835. La question s'est posée de savoir si l'article 414-3 (ancien 489-2) du Code civil était applicable en matière de responsabilité contractuelle. La jurisprudence a précisé que la disposition prévoyant la responsabilité civile de la personne qui a causé un dommage sous l'emprise d'un trouble mental était applicable à toutes les responsabilités des articles 1382 et suivants du Code civil¹⁸⁶³. A priori, la responsabilité contractuelle serait donc exclue du champ d'application de l'article 414-3 du Code civil. Cependant, dans la mesure où le discernement n'est plus un élément de la faute civile délictuelle et qu'il existe en matière de responsabilité civile une conception unitaire de la faute, que celle-ci soit délictuelle ou

¹⁸⁶⁰ La faute légère est un « comportement, volontaire ou non, qui s'écarte peu du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille (ex. maladresse, sans gravité en elle-même, erreur vénielle d'appréciation), acte maladroit pouvant constituer une faute pénale donc une faute civil, en matière contractuelle, dans les obligations de moyens, on admet que l'erreur n'est pas nécessairement fautive (erreur de diagnostic par ex.), en matière délictuelle, il est exceptionnel de ne pas retenir comme faute l'erreur, comportement différent de celui qui s'imposait théoriquement, mais statistiquement inévitable même de la part du bon père de famille. » (G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit.)

¹⁸⁶¹ M. DAURY-FAUVEAU, « La faute de l'aliéné et le contrat », JCP 1998, I 160, n° 15 et s.

¹⁸⁶² R. DEMOGUE, *traité des obligations en général*, tome V, A. Rousseau, 1925, p. 536 et s.

¹⁸⁶³ C. cass. civ. 2^{ème}, 4 mai 1977, Bull. civ. II, n° 113, D. 1978, p. 393, note R. LEGAIS, RTD civ. 1977, p. 772, obs. G. DURRY.

contractuelle, la doctrine majoritaire admet la responsabilité contractuelle de la personne atteinte de trouble mental¹⁸⁶⁴.

836. En réalité, il est possible d'atteindre le même résultat sans raisonner sur l'applicabilité de l'article 414-3 du Code civil en matière de responsabilité contractuelle. En effet, le Code civil en ne faisant plus dépendre la responsabilité de l'intensité de la faute commise mais simplement du manquement à l'obligation, modifie le fondement du fait générateur de responsabilité, si ce n'est de la responsabilité contractuelle elle-même. En se centrant sur la notion de manquement, l'aspect moral de la faute disparaît. En outre, l'exigence d'une faute simple permet d'éluder la question de la volonté de l'auteur du manquement. Par conséquent un contractant atteint de trouble mental peut voir sa responsabilité engagée parce qu'il a commis un manquement apprécié de manière objective, *in abstracto*.

II- L'exonération de responsabilité

837. L'article 1147 du Code civil qui pose le principe de la responsabilité contractuelle, prévoit également une cause d'exonération. En effet, le débiteur défaillant peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il justifie de l'existence d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Ainsi la force majeure est une cause d'exonération de la responsabilité civile contractuelle.

838. Il convient de se demander si le trouble mental ne pourrait pas constituer un cas de force majeure¹⁸⁶⁵. Cette dernière présente trois caractères : elle doit être extérieure, imprévisible et irrésistible. A priori, le trouble mental étant un élément interne, il serait possible d'affirmer très rapidement qu'il ne peut être une cause d'exonération de responsabilité. Cependant, en retenant une conception subjective et non abstraite de l'extériorité, la maladie peut être considérée comme un élément externe. En effet, dans une

¹⁸⁶⁴ M. DAURY-FAUVEAU, « La faute de l'aliéné et le contrat », JCP 1998, I 160, n° 20 ; P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 602 et s., n° 589 ; Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401, n° 28.

¹⁸⁶⁵ P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. J. GHESTIN, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, p. 258 et s., n° 390.

certaine mesure la maladie s'est imposée à la personne¹⁸⁶⁶. La jurisprudence admet que la maladie puisse être une condition d'exonération même si elle n'est pas extérieure, dès lors qu'elle est irrésistible et imprévisible¹⁸⁶⁷. Le critère de l'extériorité est donc assoupli. En outre, la Haute juridiction a eu l'occasion de préciser récemment que « *la maladie, dès lors que cet événement, a présenté un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure* »¹⁸⁶⁸. Dans cet arrêt, il n'est plus fait référence à l'extériorité.

Toutefois, si la jurisprudence admet que la maladie puisse être une cause étrangère, elle ne l'admet pas pour une maladie mentale. En effet, reconnaître que la maladie mentale puisse constituer une force majeure serait contraire au principe posé par l'article 414-3 du Code civil¹⁸⁶⁹.

CONCLUSION DU CHAPITRE

839. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'article 414-3 (ancien 489-2) du Code civil consacre la responsabilité civile de la personne atteinte de trouble mental. Elle est donc responsable de son fait personnel même si elle n'est pas dotée de discernement. En outre, la jurisprudence, bien que considérant que les pathologies physiques empêchant la personne d'agir puissent constituer une force majeure, refuse d'admettre le trouble mental comme cause d'exonération de la responsabilité civile.

Par ailleurs, afin d'assurer l'indemnisation des victimes du dommage causé par une personne atteinte de trouble mental, la jurisprudence a instauré un régime de responsabilité générale du fait d'autrui. Il s'agit d'un régime de responsabilité objectif qui ne suppose ni la faute de l'auteur du fait dommageable, ni la faute de la personne qui répond d'autrui. Ainsi les établissements recevant habituellement des personnes handicapées mentales et qui

¹⁸⁶⁶Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401, n° 34.

¹⁸⁶⁷Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1998, Bull. civ. I, n° 53, D. 1998, p. 539, note D. MAZEAUD, JCP 1998, I 155 n° 12, obs. C. JAMIN et n° 16, obs. G. VINEY ; II 10124, note G. PAISANT ; Defrénois 1998, p. 1051, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1998, p. 689, obs. P. JOURDAIN ; CCC 1998, n° 70, note L. LEVENEUR.

¹⁸⁶⁸Cass. Ass. Plén., 14 avril 2006, Bull. n° 4 ; D. 2006, note P. JOURDAIN ; JCP 2006, II 10087, note GROSSER, RDC 2006, p. 1207, note G. VINEY.

¹⁸⁶⁹Ph. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401, n° 34 ; G. VINEY, « Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil », RTD civ., 1970, p. 262 et s.

organisent et contrôlent leur mode de vie, sont responsables des dommages causés par celles-ci.

L'absence de l'exigence d'une faute de l'auteur du dommage comme condition de la responsabilité du fait d'autrui est critiquable. En effet, elle aboutit à rendre autrui responsable d'un fait pour lequel il n'aurait pas été responsable s'il l'avait commis lui-même. Aussi il convient de saluer les deux projets de réforme du droit des obligations et du droit de la responsabilité civile, qui prévoient de préciser cette condition. Ces deux projets envisagent également d'élargir le champ des personnes qui pourront être responsables, en prévoyant des modalités de transfert de la garde juridique autre que la décision judiciaire.

En matière de responsabilité précontractuelle, en principe, la personne atteinte de trouble mental est responsable des fautes commises à l'origine de l'annulation du contrat. A la différence du cas du mineur, la simple faute suffit pour engager la responsabilité de la personne majeure atteinte de trouble mental. En revanche, il convient de relever que lors de l'annulation du contrat, la personne majeure est protégée au niveau du jeu des restitutions puisqu'elle ne doit restituer que ce qui n'a pas tourné à son profit.

En matière de responsabilité contractuelle, la doctrine majoritaire, respectant le principe d'unité de la faute civile, admet la responsabilité contractuelle de la personne atteinte de trouble mental. Ainsi, peu importe que le contractant atteint d'un trouble mental ait souhaité ou ait eu conscience de l'inexécution de son obligation. En outre, de la même manière qu'en matière de responsabilité civile délictuelle, le trouble mental n'est pas admis comme cause d'exonération de responsabilité.

Ainsi, dans un souci d'indemnisation des victimes, le droit civil consacre, dans tous les domaines, la responsabilité de la personne atteinte de trouble mental et refuse de reconnaître le trouble mental en tant que cause d'exonération. Il convient d'espérer que les personnes qui assurent la protection de la personne atteinte de trouble mental souscrivent à une assurance de responsabilité civile.

CONCLUSION DU TITRE 2

840. L'imputabilité suppose que l'agent soit apte psychologiquement à reconnaître ses actes et à en assumer les conséquences. En outre, la volonté, en tant qu'aptitude à comprendre la portée d'un acte, suppose le discernement. La personne atteinte de trouble mental pouvant être privée de discernement et d'imputabilité morale, se pose la question de la responsabilité de ses actes. Le droit apporte une réponse ambivalente à cette question.

D'une part, estimant qu'il n'est ni utile ni juste de reconnaître la responsabilité en l'absence d'imputabilité morale, le droit pénal retient l'irresponsabilité pénale pour trouble mental. L'auteur d'une infraction atteint d'un trouble mental étant une personne malade, il doit pouvoir bénéficier d'une prise en charge adaptée. Ainsi, en cas de condamnation, l'auteur peut faire l'objet d'un suivi socio-judiciaire assorti d'une injonction de soins, ou bénéficier durant sa détention de soins psychiatriques, éventuellement en milieu adapté, en unité pour malades difficiles.

841. D'autre part, privilégiant l'indemnisation des victimes du dommage, le droit civil retient la responsabilité de la personne atteinte de trouble mental. La jurisprudence a consacré une conception objective de la faute de la personne dépourvue de discernement. En outre, elle a mis en place un régime de responsabilité des établissements assurant la garde des personnes atteintes de troubles mentaux. Toujours, dans un souci d'indemnisation, la jurisprudence a institué un régime objectif du fait d'autrui qui n'exige pas la faute de la personne qui répond des faits dommageables du majeur atteint de trouble mental. Ce régime n'exige pas actuellement la faute de l'auteur du dommage, ce qui est critiquable. Aussi les projets de réforme du droit des obligations et du droit de la responsabilité civile prévoient d'instaurer la faute de la personne dont on doit répondre. Ces deux projets prévoient d'abandonner la condition tenant au transfert de la garde par une décision judiciaire, ce qui permettrait d'élargir le champ des personnes qui pourront être responsables.

La loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental a généralisé à l'ensemble des magistrats l'obligation de statuer sur l'imputabilité matérielle des faits reprochés à la personne poursuivie (ou au

prévenu ou à l'accusé). Cette prise de position permet de faciliter l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction dommageable. Ainsi, la personne qui est déclarée pénalement irresponsable pourra être responsable civilement du fait dommageable.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

842. L'expression de la volonté de la personne atteinte de trouble mental se révèle être une condition d'exercice de sa capacité et donc de son autonomie. Afin de respecter l'autonomie de la personne, qui découle de l'exigence du respect de la dignité de la personne, dès lors qu'une manifestation de volonté est possible, elle doit être prise en compte.

Le respect de l'autonomie de la personne atteinte de trouble mental est assuré qu'il s'agisse de l'autonomie d'action, de l'autonomie de pensée ou de l'autonomie de la volonté.

Ainsi divers mécanismes permettent, dans une certaine mesure, de respecter le pouvoir d'autodétermination de la personne lorsque celle-ci n'est pas en état de manifester sa volonté. Les dispositifs des directives anticipées, de désignation d'une personne de confiance, d'un mandataire de protection future offrent à la personne consciente la possibilité de s'assurer du respect de sa volonté.

843. En outre, les mesures de protection juridique permettent de respecter l'autonomie de la personne. En effet, les principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation, qui gouvernent le choix de la mesure permettent une adéquation entre la capacité de droit et la capacité de fait de la personne. Cette adéquation permet de respecter l'autonomie de la personne dans la mise en œuvre des mesures de protection.

844. Le droit ne se contente pas de protéger la volonté de la personne atteinte de trouble mental, il tire également les conséquences de l'absence de volonté et plus particulièrement de l'absence d'imputabilité morale. Les conséquences peuvent paraître ambivalentes car le droit pénal retient l'irresponsabilité pénale lorsque le trouble mental a aboli le discernement ou empêché le contrôle des actes, tandis que le principe de la responsabilité civile de la personne atteinte de trouble mental est affirmé. Cette différence de traitement s'explique par la différence des fondements des deux types de responsabilité. Reconnaître la responsabilité pénale d'une personne qui n'a pas conscience de ses actes ou de leur portée est à la fois inutile et injuste, alors que la responsabilité civile permet d'assurer l'indemnisation de la victime. Ce souci d'indemnisation des victimes a d'ailleurs conduit la jurisprudence à dégager un principe général de responsabilité du fait de la personne atteinte de troubles mentaux. Les personnes organisant le mode de vie des personnes handicapées

mentales sont responsables des faits dommageables de ces personnes. Ce régime de responsabilité devrait être un peu modifié suite aux projets de réforme du droit des obligations et du droit de la responsabilité civil.

CONCLUSION GENERALE

845. Les maladies mentales et déficiences intellectuelles ayant des incidences sur la perception de la réalité, la conscience et/ou les capacités intellectuelles de la personne, le trouble mental a inévitablement des conséquences sur la capacité de vouloir ou de décider. Constatant cet état de fait qui rend la personne atteinte de trouble mental vulnérable, le droit s'efforce de protéger la personne.

Divers mécanismes permettent d'assurer la protection de la dignité et de la volonté de la personne atteinte de trouble mental. Il s'agit principalement des mesures de protection juridique, des mesures de soins psychiatriques, des mesures favorisant l'autonomie des personnes handicapées et des régimes de responsabilité.

846. Le respect de la dignité de la personne atteinte de trouble mental est assuré par diverses dispositions tendant à protéger le corps et/ou la personne elle-même. S'agissant de la protection du corps, le législateur a prévu des dispositions spécifiques aux actes médicaux du majeur protégé, qu'ils soient thérapeutiques ou non, ou aux soins psychiatriques. Les soins psychiatriques sans consentement sont dérogatoires du droit commun et font par conséquent, l'objet d'une réglementation particulièrement encadrée et sont contrôlés. La loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, a consacré la notion de soins psychiatriques sans consentement et offert une véritable alternative à la prise en charge en hospitalisation à temps complet. Toutefois, par la même occasion elle a élargi le champ des soins sans consentement.

847. Par ailleurs, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a institué un véritable régime de protection de la personne. Désormais, la protection du majeur en matière personnelle est organisée. La loi du 5 juillet 2011 a renforcé les droits de la personne faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement. Elle a généralisé l'obligation d'information du patient et surtout a prévu l'obligation de rechercher et de tenir compte de l'avis de la personne sur les modalités des soins. L'objectif de protection de la personne vulnérable s'est donc trouvé au cœur des dernières interventions législatives.

Conclusion générale

Le respect de l'autonomie de la personne participe également à la protection de la dignité de la personne atteinte de trouble mental. Son autonomie est assurée au niveau de ses trois acceptions : autonomie d'action, autonomie de la pensée et autonomie de la volonté. La loi du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation à la citoyenneté des personnes handicapées a généralisé le principe de l'accessibilité à l'ensemble des domaines de la vie sociale, qu'il s'agisse notamment de l'emploi ou de la cité. En outre, le droit à la compensation du handicap favorise l'autonomie de la personne handicapée mentale.

848. Les mesures de protection juridique permettent de garantir l'autonomie du majeur protégé. En effet, les principes gouvernant le choix de la mesure de protection (nécessité, subsidiarité, proportionnalité et individualisation) permettent une adéquation entre la capacité de fait et la capacité de droit de la personne protégée. En outre, les mécanismes d'assistance et de représentation sont justifiés par le besoin de protection.

Le respect de la volonté de la personne est également assuré par les divers mécanismes permettant à la personne d'anticiper sa perte d'autonomie. L'autodétermination de la personne peut ainsi jouer même si la personne n'est pas en état de manifester sa volonté.

Enfin, le droit tire les conséquences de l'absence d'imputabilité morale des personnes atteintes de troubles mentaux au niveau des faits juridiques. Le législateur a ainsi consacré l'irresponsabilité pénale pour trouble mental et la responsabilité civile de la personne atteinte de trouble mental.

Ainsi, la protection de la personne atteinte de trouble mental est globale. Elle touche tant le corps que la personne elle-même. Elle couvre les actes juridiques mais également les faits juridiques. Elle a trait aux droits et libertés de la personne atteinte de trouble mental.

BIBLIOGRAPHIE

I. - OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, PRÉCIS

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige

ARBELLOT (F.)

- *Droit des tutelles : protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2007.

BATTEUR (A.)

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2010.

BENABENT (B.)

- *Droit civil, Les obligations*, 12^{ème} éd., Montchrestien, 2010.

BOULOC (B.)

- *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2010.

BOUZAT (P.) et PINEL (J.)

- *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 1, Droit pénal général, 2^{ème} éd., Dalloz, 1970.
- *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome 3, Criminologie, 2^{ème} éd., Dalloz, 1970.

CARBONNIER (J.)

- *Les personnes : personnalité, incapacité, personnes morales*, 21^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis, Droit privé, 2000.
- *Droit civil, Introduction*, 27^{ème} éd., PUF, Coll. Thémis, Droit privé, 2002.

CLEMENT (J.-M.)

- *Les grands principes du droit de la santé*, LEH, 2005.

CONTE (Ph.)

- *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Litec, coll. Manuel, 2007.

CORNU (G.)

- *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 12^{ème} éd., Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 2005.
- *Droit de la famille*, 9^{ème} éd., Montchrestien, Domat, 2006.
- *Droit civil : les personnes*, 13^{ème} éd., Montchrestien, Domat, 2007.

DEMOGUE (R.)

- *Traité des obligations en général*, tome V, Rousseau A., 1925.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.)

- *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009.

DEVERS (G.)

- *Code des soins en santé mentale*, Editions Lamarre, coll. Droit et pratique du soin, 2008.

DUPONT (M.), BERGOIGNAN-ESPER (C.), PAIRE (C.)

- *Droit hospitalier*, 8^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2011.

EY (H.), BERNARD (P.), BRISSET (Ch.)

- *Manuel de psychiatrie*, préf. De GARRABE J., 6^{ème} éd., Elsevier Masson, 2010.

FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.)

- *Les régimes matrimoniaux*, 2^{ème} éd., Armand Colin, 2001.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)

- *Droit civil, Les obligations, tome 2 : Le fait juridique*, 13^{ème} éd., Sirey, 2009.
- *Droit civil, Les obligations, tome 1 : L'acte juridique*, 14^{ème} éd., Sirey, 2010.

JOURDAIN (P.) et VINEY (G.)

- *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, sous dir. **GHESTIN J.**, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006.

LEROY (J.)

- *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2010.

MALAURIE (Ph.), AYNES(L.)

- *Cours de droit civil, Les personnes, Les incapacités*, 5^{ème} éd., Cujas, 1999.
- *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2010.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), et GAUTIER (P.-Y.)

- *Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), et STOFFEL-MUNK (Ph.)

- *Les obligations*, 5^{ème} éd., Defrénois, 2011.

MERLE (R.) et VITU (A.)

- *Traité de droit criminel*, tome 1, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, 7^{ème} éd., Cujas, 1997.

PRADEL (J.)

- *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Cujas, 2010.

PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.)

- *Droit pénal spécial. Droit commun, droit des affaires*, 4^{ème} éd., Cujas, coll. Manuels, 2007.

RASSAT (M.-L.)

- *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2011.

REVET (Th.) et ZENATI-CASTAING (F.)

- *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. droit fondamental, 2006.

TERRE (F.)

- *Introduction générale au droit*, 8^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2011.

TERRE (F.) et FENOUILLET (D.)

- *Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2005.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)

- *Droit civil, Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2009.

TEYSSIE (B.)

- *Droit civil : Les personnes*, 11^{ème} éd., Litec, 2010.

VERON (M.)

- *Droit pénal spécial*, 13^{ème} éd., Sirey Université, 2010.

VINEY (G.)

- *Traité de Droit civil, Introduction à la responsabilité*, sous dir. GHESTIN J., 3^{ème} éd., LGDJ, 2008.

II. - OUVRAGES SPECIALISES

ADDAD (M.) et BENEZECH (M.)

- *L'irresponsabilité pénale des handicapés mentaux en droit français et anglo-saxon*, préf. LEAUTE J, Librairie technique, Litec, 1978.

AGGOUN (A.), ALBY (N.), ALVIN (P.) et al.,

- *Ethique, médecine et société : comprendre, réfléchir, décider*, sous dir. HIRSCH (E.), préf. SICARD (D.), Vuibert, coll. espace éthique, 2007.

ALBIGES (Ch.), ALFANDARI (E.), BADINTER (R.) et al...

- *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., Dalloz, 17^{ème} éd., 2011.

ALLOUCHE (F.), BRETON (S.), COLONNA (S.) et al...,

- *Les droits des personnes handicapées mentales et de leurs proches*, Les guides de l'UNAPEI, 2008.

American Psychiatric Association

- *DSM IV TR, Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, coordination générale de la trad. française, **GUELFY (J.D.)** et **CROCQ (M.-A.)**, Masson, 2003.

ANTONOWICZ (G.)

- *Fin de vie*, préf. ROCARD M, PASCUITO B., l'Archipel, 2007.

ARNOUX (I.)

- *Les droits de l'être humain sur son corps*, préf. AUBY J.-M., texte remanié d'une thèse de doctorat de droit, Bordeaux 1, 1994, Presses Universitaires de Bordeaux, 1995.

AUBERT-MARSON (D.)

- *Histoire de l'eugénisme*, Ellipses, 2010.

AUMONIER (N.), BARBARIN (Ph.), IDE (P.), et al...,

- *Handicap, clonage ... La dignité humaine en question*, Editions de l'Emmanuel, 2004.

BARRISAT (F.), BERTHON (L.), FEVRIER (P.) et al....,

- « *La participation des usagers* » dans *les établissements et services médico-sociaux : enjeux et méthodes*, ANDESI et UNAPEI, 2005.

BATTEUR (A.), CARON-DEGLISE (A.), DALLE (M.-C.) et al...,

- *Curatelle, tutelle, accompagnements : protection des mineurs et des majeurs vulnérables*, sous dir. FOSSIER Th., préf. CATALA P., Litec, 2009.

BAUD (J.-P.)

L'affaire de la main volée : histoire juridique du corps, Seuil, coll. Des travaux, 1993.

BAUDURET (J.-F.) et JAEGER (M.)

- *Rénover l'action sociale et médico-sociale, histoires d'une refondation*, Dunod, 2002.

BEIGNIER (B.), CABRILLAC (R.), DI MALTA (P.) et al...,

- *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET T., Dalloz, 15ème éd., 2009.

BELLIARD (E.), COSTES (J.-M.) et LEQUET (D.) (sous dir.)

- *Psychiatrie et santé mentale*, Ministère de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, Cahiers statistiques – Solidarité et Santé, Paris, La documentation française, 1990.

BENDALI (L.) et TOPALOV (N.)

- *La France des incapables : 700 000 citoyens sous tutelle ou curatelle*, préf. DELEVOYE J.-P., Le cherche midi, 2005.

BERNARDET (Ph.), DOURAKI (T.), VAILLANT (C.)

Psychiatrie, Droits de l'Homme et défense des usagers en Europe, éd. Eres, 2002.

BERNARDET (Ph.)

- *Les dossiers noirs de l'internement psychiatrique*, Ed. FAYARD, 1989.

BERTHIAU (D.)

- *Droit de la santé*, Gualino, 2007.

BERTHON (L.) et PANIEZ (S.)

- (responsables rédaction UNAPEI), *Le guide pratique de l'accessibilité. Pour vous accompagner dans vos démarches en matière d'accessibilité en faveur des personnes en situation de handicap mental*, Les guides de l'UNAPEI, 2010.

BINET (J.-R.)

- *Droit et progrès scientifique : science du droit, valeurs et biomédecine*, préface LABRUSSE-RIOU C., postface BEIGNIER B, PUF, coll. Le Monde, 2002.
- *Droit médical*, Montchrestien, coll. Cours, 2010.

BORGETTO (M.) et LAFORE (R.)

- *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 7ème éd., 2009.

BOUMAZA (A.)

- *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme*, préf. DOURAKI T., éd. CTNERHI, 2002.

CANGUILHEM (G.)

- *Le normal et le pathologique*, PUF, coll. Gallien, 1966.

CAROLI (F.)

- *Hospitalisation psychiatrique. Ancienne et nouvelle loi*, PUF, coll. Nodules, 1991.

CARROSCO E. RAHAL., *La place du fou : autobiographie d'une psychose*, préf. BENSLAMA F et VANIER A, Denoël, 2006.

CASPAR (Ph.)

- *Le peuple des silencieux, Une histoire du handicap et de la déficience mentale*, Editions Fleurus, 1994.

CAVERNI (J.-P.) et GORI (R.)

- *Le consentement : Droit nouveau du patient ou imposture ?*, In press, collection champs libres, 2005.

CECCOTTO (R.), FICHE (G.), MACON (H.) et ZRIBI (G.) (sousdir.)

- *Le droit à la santé des personnes handicapées mentales et psychiques*, ENSP, 2007.

Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, sous dir. DOCKES (E.) et LHUILIER (G.)

- *Le corps et ses représentations*, Litec, 2001, collection CREDIMI « Théories et droit », volume 1.

CHAMPENOIS-MARMIER (M.-P.) et SANSOT (J.)

- *Droit, folie, liberté : la protection de la personne des malades mentaux (loi du 30 juin 1838)*, Préf. TERRE F., PUF 1983.

CHAPELLIER (J.-L.), ZRIBI (G.), CAZANOVA (R.) et al...

- *Penser le handicap mental*, sous dir. ZRIBI G. et CHAPELLIER J.-L., ENSP, 2005.

CORDIER (B.), MASSE (G.), PETITJEAN (F.), TACHON (J.-P.)

- *Aspect législatifs et administratifs de la psychiatrie*, préf. CAROLI F., Maloine Editeur, 2ème éd. 1986.

DABIN (J.)

- *Le droit subjectif*, Dalloz 1952.

DE KONINCK (T.) et LAROCHELLE (G.)

- *La dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, PUF, débats philosophiques, 2005.

DE KONINCK (T.)

- *De la dignité humaine*, PUF, Quadrige, 1995.

DEBUYST (Ch.)

- *Essais de criminologie clinique, Entre psychologie et justice pénale*, Textes choisis et présentés par ADAM Ch. et DIGNEFFE F., Larcier, 2009.

DELECOURT (N.) et MICHON (S.)

- *Tutelle – Curatelle, Sauvegarde de justice, mandat de protection future : quels sont les droits des majeurs protégés ? Comment être tuteur, curateur, mandataire ?*, Editions du puits fleuri, 3ème éd., 2008.

DELFOSE (A.) et BAILLON-WIRTZ (N.)

- *La réforme du droit des majeurs protégés : Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, Avant-propos REYNIS., préf. FERRET J.-P., Litec, Collection pratique notariale, 2009.

DELPECH (C.), FRAYSSINET (M.), GOUPIL (M.) et al ...

- *Les droits des personnes handicapées, guide pratique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 2007.

DELPRAT (L.)

- *La réforme des tutelles : à jour des décrets d'application 2008*, LEH, collection Essentiel, 2009.

DESCARPENTRIES (F.)

- *Le consentement aux soins en psychiatrie*, L'harmattan, 2007.

DIEDERICH (N.) (sousdir.)

- *Stériliser le handicap mental ?*, Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998.

DIJON (X.)

- *Sujet de droit en son corps : une mise à l'épreuve du droit subjectif*, préf. RIGAUX F., Société d'études morales, sociales et juridiques : Larcier, 1982.

DOUCET (J.-P.)

- *Le Droit criminel : La protection de de la personne humaine*, Préf. A. VITU, 4^{ème} éd., Saint Gildas de Rhuy, 2010.

DUPUY (O.)

- *Guide de la protection des majeurs : la réforme du 5 mars 2007 expliquée : à jour des textes d'applications*, Heures de France, coll. Guides d'exercice professionnel des établissements sanitaires et médico-sociaux, 2009.

ENM

- *Justice et psychiatrie*, sous dir. COLIN M., et COUVRAT P., édition Bergeret, Bordeaux, 1993.

FILIPPI (I.), HERRERIA (M.)

- *La protection juridique de l'incapable à l'hôpital*, Les Etudes Hospitalières, coll. Tout savoir sur, 2001.

FORGES (J.-M.) de

- *Le droit de la santé*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2010.

FOSSIER (Th.) et BAUER (M.)

- *Les tutelles : accompagnement et protection juridique des majeurs*, préface GOHET P., ESF, 4^{ème} éd., 2008

FOUCAULT (M.)

- *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

FRIARD (D.)

- *L'isolement en psychiatrie : séquestration ou soin ?*, 2^{ème} éd., Masson, coll. Souffrance psychique & soins, 2002.

FRICOTTE (L.)

- *Droit des personnes handicapées*, Groupe Liaisons, Guide Néret, Rueil Malmaison, 2010.

FURSTENBERG (C.)

- *L'autonomie s'amenuise, la vulnérabilité affleure, la personne demeure... : La sauvegarde de la dignité par la responsabilité*, Ed. Beaurepaire, 2011.

GATTEGNO (P.)

- *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} éd. Cours, 2005.

GIAMI (A.) et LERIDON (H.) (éd.)

- *Les enjeux de la stérilisation*, INSERM, INED, 2000.

GIRARD (C.) et HENNETTE-VAUCHEZ (S.)

- *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de judiciarisation*, PUF, publié avec le concours du GIP Mission de recherche « Droit et justice », 2005.

GODFRYD (M.)

- *Le droit de la santé mentale par les textes*, Heures de France, 2000.

GROMB (S.)

- *Le droit de l'expérimentation sur l'homme*, Litec, 1992.

GUEZOU (O.) et MANSON (S.) (sous dir.)

- *Droit public et handicap*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010.

GUILBERT (F.)

- *Liberté individuelle et hospitalisation des malades mentaux*, préf. TERRE F., Librairies techniques, 1974.

GUILLOD (O.)

- *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, Edition Ides et Calendes, Neuchâtel, 1986.

HAMONET (Cl.)

- *Les personnes en situation de handicap*, PUF, Que sais-je ?, 2010.

HAMONET (C.) et DE JOUVENEL (M.)

- *Handicap, Des mots pour le dire, Des idées pour agir*, Edition Connaissances et savoirs, 2005.

HIRSCH E. (sous dir.)

- *Ethique et soins hospitaliers*, Ed. Doin-Lamarre, coll. Les dossiers de l'AP-HP, 2001.

HOCHMANN (J.)

- *L'histoire de la psychiatrie*, PUF, Que sais-je ?, 2004.

HOERNI (B.) et SAURY (R.)

- *Le consentement : information, autonomie et décision en médecine*, Masson, 1998.

JAEGER (M.)

- *Guide du secteur social et médico-social*, 5ème éd., DUNOD, 2004.

JANVIER (R.) et MATHO (Y.)

- *Comprendre la participation des usagers dans les organisations sociales et médico-sociales*, 4^{ème} éd., Dunod, 2011.

JEAN (J.) et JEAN (A.)

- *Tutelle et curatelle : organisation et acteurs : le système des tutelles aujourd'hui, que prévoit la réforme ?*, préface du docteur SEILHEAN A. et de BRIEC A., Vuibert, collection Lire agir, 2007.
- *Mieux comprendre la tutelle et la curatelle*, préface DELAQUYS I., Vuibert, collection Guid'utile, 2ème éd., 2009.

JONAS (C.) et CASAGRANDE (Th.)

- *Situations juridiques complexes en psychiatrie : suicide, information, et hospitalisation sans consentement*, L'entreprise médicale, 2000.

JONAS (C.)

- *Consentement et psychiatrie*, Forensic, 2000.

JONAS (C.), SENON (J.-L.)

- *Responsabilité médicale et droit du patient en psychiatrie*, préf. HORASSIUS-JARRIE N., Elsevier, coll. EMC référence, 2004.

KAHN (A.)

- *Et l'Homme dans tout ça ?*. Plaidoyer pour un humanisme moderne, préf. De SEVE L., Pocket, 2004.
- *L'ultime liberté ?*, avec la collaboration de GLORION C., Plon, Le grand livre du mois, 2008.

KRAFFT-EBING (R.) (Von)

- *La responsabilité criminelle et la capacité civile dans les états de trouble intellectuel : éléments de psychiatrie médico-légale à l'usage des médecins et des jurisconsultes*, Traduit de l'allemand par le Dr. CHATELAIN, Masson G., 1875.

LAMBERT (J.-L.)

- *La nouvelle tentation eugénique*, Editions des sentiers, coll. arguments, 1997, Lausanne.

LARCHET (J.-C.)

- *Une fin de vie paisible sans douleur sans honte*, cerf, 2010.

LAUDE (A.), MATHIEU (B.) et TABUTEAU (D.)

- *Droit de la santé*, PUF, collection Thémis, 2009.

LECA (A.), GONGGRYP (Th.), SAINT-PIERRE (L.)

- *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006.

LELIEVRE (N.)

- *La fin de vie face au droit*, Heures de France, coll. Guides d'exercice professionnel des établissements sanitaires et médico-sociaux, 2009.

LHUILIER (J.-M.)

- *La responsabilité civile, administrative et pénale dans les établissements sociaux et médicaux sociaux*, 4^{ème} éd., Ed. ENSP, 2006
- *Droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, presses de l'EHESP, 4^{ème} éd., 2009.

LIBERMAN (R.)

- *Handicap et maladie mentale*, Que sais-je ?, 6^{ème} édition PUF, 2007, p.88.

LOISEAU (C.)

- *L'hospitalisation psychiatrique. Loi du 27 juin 1990*, éd. TSA, 1991.

LOUZON (C.) et SALAS (D.) (sous dir.)

- *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Ed. Erès, 1997.

MALLET (E.)

- *Enfant handicapé et protection juridique*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, coll. Droit et Professionnels, 2011.

MANCIAUX (M.) et TERRENOIRE (G.)

- *Les personnes handicapées mentales : Ethique et droit*, Editions Fleurus, 2004.

MARZANO (M.)

- *Je consens, donc je suis*, PUF, 2006.

MASSIP (J.)

- *Les majeurs protégés*, tome I : Régime juridique, préf. CARBONNIER J., Defrénois, 1994.
- *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009.

MAURER (B.)

- *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, préf. SUDRE F., La Documentation française, Paris, 1999.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.) et TUNC (A.)

- *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. CAPITANT H., tome 1, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1965.

MEMETEAU (G.)

- *Cours de droit médical*, LEH, 4^{ème} éd., 2010.

MERRIEN (V.), CHEVALIER (P.), LAUBARD (J.) et al...

- *Personnes vulnérables et domaine médical. Quels sont leurs droits ?*, UNAPEI et Assistance Publique des Hôpitaux de Paris, coll. Les Guides de l'AP-HP, 2007.

MICHON (C.)

- *Qu'est-ce que le libre arbitre ?*, Vrin, coll. chemins philosophiques, 2011.

MOL (A.)

- *Ce que soigner veut dire. Repenser le libre choix du patient*, traduit par DEBAUCHE M. et DEBAUCHE Ch., Presses des mines, coll. sciences sociales, 2009.

MOLIN (O.)

- *Les tutelles : la protection juridique des majeurs*, Sofiac, 2009.

MOQUET-ANGER (M-L.)

- *Droit hospitalier*, LGDJ, 2010.

MOUTEL (G.)

- *Médecins et patients : l'exercice de la démocratie sanitaire*, L'harmattan, coll. l'éthique en mouvement, 2009.

OMS

- *Ouvrages de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme et la législation – non à l'exclusion, oui aux soins*, Editions de l'OMS, 2005.

PAIN-MASBRENIER (M.-T.) et NICOLEAU (P)

- *Guide pratique des lois du 2 janvier 2002 et du 4 mars 2002 : Comparaison entre les droits des malades et les droits des usagers*, LEH, coll. pratiques professionnelles, 2009.

PALAZZOLO (J.)

- *Chambre d'isolement et contentions en psychiatrie*, préf. Pr. DARCOURT G., Masson, coll. Médecine et psychothérapie, Paris, 2002.
- *Informé le patient en psychiatrie. Rôle de chaque intervenant : entre légitimité et obligation*, préf. JONAS C., Masson, 2003.

PALAZZOLO (J.), LACHAUX (B.), CHABANNES (J-P.)

- *Isolement, contention et contrainte en psychiatrie*, Congrès de psychiatrie et de neurologie de langue française, Médias flashs, 2000.

PARIZEAU (M-H.) (dir.)

- *Les fondements de la bioéthique*, De Boeck Université, 1992.

PAROZ (P.)

- *Prendre soin de ma vie*, Ed. Olivétan, 2010.

PAVIA (M-L.) et REVET (Th.) (sous dir.)

- *La dignité de la personne humaine*, Economica, collection Etudes juridiques, 1999.

PECAUT-RIVOLIER (L.)

- *Protéger un majeur vulnérable*, Editions Delmas, 1ère éd., 2010.

PELJAK (D.)

- *Les droits du patient hospitalisé. Plus de 100 questions/réponses*, Ed. Lamarre, 2003.

PERREAU (E.-H.)

- *Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, préf. LANDE Dr. L., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1908.

PLANIOL (M.)

- *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, « Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques », avec la collaboration de G. RIPERT, 11^{ème} éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1931

POILROUX (R.)

- *Guide des tutelles et de la protection de la personne*, Dunod, 1999.

PONCHON (F.)

- *Les droits des patients à l'hôpital*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2ème éd., 2002.

POTHIER (J.)

- *La mort opportune, Les droits des vivants sur la fin de leur vie*, édition du Seuil, 2004.

PY (B.)

- *La mort et le droit*, PUF, coll. Que-sais-je, n° 3339, 1997.
- *Le secret professionnel*, L'harmattan, coll. la justice au quotidien, 2005.

RAMEIX (S.)

- *Fondements philosophiques de l'éthique médicale*, Ellipses, coll. sciences humaines et médecine, 1996.

RENET (Th.) (coord.)

- *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996.

RICOEUR (P.)

- *Soi-même comme un autre*, Seuil, 2ème éd., 1996
- *Autonomie et vulnérabilité, Le juste 2, éd. Esprit, 2001*

RODRIGUEZ-ARIAS (D.), MOUTEL (G.) et HERVE (Ch.)

- *Recherche biomédicale et populations vulnérables*, L'Harmattan, 2006.

SAISON (J.)

- *Droit hospitalier*, Gualino, 2ème éd., 2009.

SCOTT (R.)

- *Le corps notre propriété*, Balland, 1982.

SERIAUX (A.), NEIRINCK (C.), LABRUSSE-RIOU (C.) et al.,

- *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, PUAM, collection du Laboratoire de Théorie Juridique, 1996.

SOMOGYI (A.) et WEISS (P.)

- *Psychiatrie*, avec la collaboration de PEYRET (E.), DOUBLET (O.), CROUSET (M.) et al..., Elsevier Masson, 2007.

STARK (J.) et MAUGEY (C.)

- *Droit et hospitalisation psychiatrique sous contrainte*, préf. MAGENDIE J.-C., L'harmattan, coll. La Justice au Quotidien, Paris, 2009.

STORCK (M.)

- *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, préf. HUET-WEILLER D., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982.

TARBY (A.)

- *La bioéthique : ce qu'elle est, ce que dit le droit...*, Editions du puits fleury, 2008.

TERRE (F.) et FENOUILLET (D.)

- *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Précis, 7ème éd., 2005.

THOMAS (J.-P.)

- *Les fondements de l'eugénisme*, PUF, Que sais-je ?, 1995.

THUILLIER (J.)

- *La folie. Histoire et dictionnaire*, Ed. Robert LAFONT, coll. BOUQUINS, 1996.

TRIBOLET (S.)

- *L'abus de « psy » nuit à la santé*, Le chercheur midi, coll. document, 2006.
- *Vocabulaire de santé mentale*, Ed. de Santé, 2007.
- *Droit et psychiatrie. Guide pratique*, Heures de France, coll. Guides professionnels de santé mentale, 2011.

TRUCHET (D.)

- *Droit de la santé publique*, Dalloz, mémento, 7ème éd., 2009.

VARRAUT (J.-M.)

- *L'irresponsabilité pénale des délinquants aliénés et anormaux mentaux*, Annales de l'Université de Toulouse, 1982.

WALTER (M.), CASAGRANDE (Th.) et JONAS (C.)

- *Prévention du risque suicidaire : référentiels médicaux et questions juridiques*, Analyse-Santé : Wyeth, 2007.

WEISSTUB (D N.), MORMONT (Ch.) et HERVE (Ch.)

- *Les populations vulnérables*, L'Harmattan, 2000.

WONG (C.)

- *Guide des tutelles et de la protection juridique des majeurs*, préf. DUBOIS B., Dunod, 2009.

ZAZZO (R.)

- *Les déficiences mentales*, Armand Colin, 1969.

ZRIBI (G.) et POUPEE-FONTAINE (D.)

- *Dictionnaire du Handicap*, 6ème édition, Editions ENSP, 2007.

III. - THESES

ABIKHZER (F.)

- *La notion juridique d'humanité*, préf. PHILLIPPE X., Thèse de doctorat de droit, PUAM, 2005.

BERNHEIM (E.)

- *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire : une étude du pluralisme normatif appliqué*, Thèse de sociologie du droit, ENS Cachan, 2010.

CARVAL (S.)

- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse de doctorat de droit, Paris 1, 1993, préf. VINEY G., LGDJ, 1995.

DOSDAT (J.-Cl.)

- *Les normes nouvelles de la décision médicale*, Poitiers, 6 mars 2004, préf. LAMBOLEY A., LEH, coll. Thèses, 2008.

DOUMENG (V.)

- *La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel*, préf. NEIRINCK C.; Texte remanié d'une thèse de doctorat de Droit privé, Toulouse 1, 1998, PUAM, 2002.

GEFFROY (C.)

- *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, préf. COSNARD H.-D., Texte remanié d'une thèse de doctorat de droit, Rennes I. 1971, Librairies techniques, 1974.

GIRER (M.)

- *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins : essai de remise en cause du contrat médical*, LEH, coll. Thèses, 2008.

GUIGNARD (L.)

- *Juger la folie, la folie criminelle devant les Assises au XIXème siècle*, Texte remanié d'une thèse de doctorat d'Histoire, Paris I, 2006, PUF, coll. Droit et justice, 2010.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.)

- *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. PICARD E., texte remanié d'une thèse de doctorat de droit, soutenue 4 janvier 2000 à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, L'harmattan, collection logiques juridiques, 2004.

JORDA (M.)

- *Les délinquants aliénés et anormaux mentaux*, préf. AUSSEL J.-M., thèse de doctorat soutenue publiquement à la faculté de Droit de Montpellier, 1966, Editions Montchrestien, 1966.

JOURDAIN (P.)

- *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse, Paris, 1982.

JULIEN (J.)

- *La responsabilité civile du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, préf. LE TOURNEAU Ph., Thèse de doctorat de droit, Toulouse, 1999, PUAM, 2001.

LAFON (J.)

- *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*, Thèse de doctorat de droit, présentée et soutenue publiquement à Paris le 20 mai 1958, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

MARIA (I.)

- *Les incapacités de jouissance, Etude critique d'une catégorie doctrinale*, préf. ANCEL P., Texte remanié d'une thèse de doctorat de Droit privé, soutenue en 2006 à l'Université de Saint Etienne, sous dir. BEIGNIER B., Defrénois, Lextenso éditions, coll. Doctorat & Notariat, tome 44, 2010.

MOINE (I.)

- *Les choses hors du commerce, une approche de la personne humaine juridique*, Thèse, LGDJ, 1997, Coll. Bibliothèque de droit privé.

MOREL (K.)

- *La dignité du patient à l'épreuve du droit privé*, thèse de doctorat de droit, soutenue le 18 décembre 2007 à Montpellier.

ORSAT (V.)

- *De l'imputabilité en matière de responsabilité civile*, thèse pour le doctorat, soutenue le 21 mars 1912, Faculté de droit de Paris, A. ROUSSEAU, 1912.

PICHARD (M.)

- *Le droit à. Etude de législation française*, préf. GOBERT M., Texte remanié d'une thèse de doctorat de droit privé, soutenue en 2004 à l'Université de Paris II, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.

PLAZY (J-M.)

- *La personne de l'incapable*, thèse pour le doctorat de droit, soutenue à Bordeaux IV, le 16 janvier 1998.

ROUSSEAU (F.)

- *L'imputation dans la responsabilité pénale*, préf. SAINT-PAU J.-C., texte remanié de thèse de doctorat d'histoire, Paris II, Université Panthéon-Assas, soutenue publiquement le 20 novembre 2007, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009.

STARCK (B.)

- *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.

IV. -ARTICLES – CHRONIQUES

ALBERT (N.)

- « Hospitalisation d'office : le juge judiciaire sous pression », JCP ACT 2011, act. 307, obs. sur CEDH 14 avril 2011.

ALFANDARI (E.) et PEDROT (Ph.)

- « La fin de vie et la loi du 22 avril 2005 », RDSS 2005, p. 751.

ALFANDARI (E.)

- « La loi dite de « rénovation de l'action sociale et médico-sociale » : quelle « rénovation » pour quelle « action sociale » ? », RDSS n° 4, 2004, p. 765.

ARHAB-GIRARDIN (F.)

- « La décision médicale du majeur protégé : une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », RDSS 2009, p. 875.

AUVERGNON (P.)

- « L'obligation d'emploi des handicapés », Dr. Soc. 1991, p. 596.

AVENA-ROBARDET (V.)

- « La loi relative aux soins psychiatriques », AJ Famille 2011 p. 345.

BADEL (M.)

- « La participation de l'utilisateur selon la loi du 2 janvier 2002 », RDSS 2004, N° 4, p. 804-818.

BAILLEUL (D.)

- « Le droit de mourir au nom de la dignité humaine », JCP G 2005, I 142.

BARRAL (C.)

- « Du handicap à la situation de handicap », dossier *La situation des personnes handicapées : un enjeu de société*, ADSP n° 49, décembre 2004, La documentation française, p. 16.

BATTEUR (A.)

- « Contrat et mesures de protection », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1275.

BAUER (M.)

- « Réforme de la protection des majeurs : les nouveaux professionnels », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 81.

BEDDOCK (F.) et SAEGER (P.)

- « Isoler pour soigner », In Santé mentale, le mensuel des équipes soignantes en psychiatrie, n° 14, janvier 1997, 25-26.

BEIGNIER (B.)

- « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, sous dir. REVET Th., Dalloz, 1996, p. 13-25.
- « La protection de la vie privée », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., Dalloz, 17^{ème} éd., 2011, p. 198-223.

BENILLOUCHE (M.)

- « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaider pour une nouvelle théorie de la culpabilité », RSC 2005, p. 529.

BERNARDET (P.)

- « Les conditions de consentement au traitement de la personne souffrant de troubles mentaux », Handicap, revue des sciences humaines et sociales, 2005, p. 35.

BERNARDET (Ph.)

- « Un bilan de la loi du 27 juin 1990 à la lumière de la pratique et de la défense des droits des patients », in *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, sous dir. LOUZON C. et SALAS D., Ed. Erès, 1997, p. 107.

BERTHIAU (D.)

- « Comprendre le principe d'autonomie en droit de la santé », Médecine & Droit 2006, p.53-60.
- « La réforme de la protection juridique de la personne majeure et ses incidences dans le droit de la santé (Loi du 5 mars 2007) », Médecine & Droit 2007, p.105-108.

BETREMIEUX (P.)

- « Les figures de la vulnérabilité », in *Ethique, médecine et société : comprendre, réfléchir, décider*, sous dir. E. HIRSCH, préf. D. SICARD, Vuibert, coll. espace éthique, 2007, p. 102-110.

BIZZARRI (L.)

- « Accès aux soins, promotion de la santé : quelle place pour la parole du sujet handicapé mental », in *le droit à la santé des personnes handicapées mentales et psychiques*, sous dir. CECCOTTO R., FICHE G., MACON H. et ZRIBI G., ENSP, 2007, p. 75-82.

BLOCH (C.)

- « Définition de la faute », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. TERRE F., Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 101.
- « Responsabilité des personnes dépourvues de discernement », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous dir. TERRE F., Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2011, p. 115.

BOCQUILLON (F.)

- « Les dispositions relatives aux personnes handicapées dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 », RDSS 2002, p. 583.

BONNE (V.) et FRESNEL (Fl.)

- « Inventaire à la Prévert », Gaz. Pal. 2010, n° 152, p. 8.

BORGETTO (M.)

- « La réforme des tutelles », actes du colloque : *Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, Caen, 20-21 mars 2008, RDSS 2008, p. 807.

BOULOC (B.)

- « Existe-t-il une responsabilité pénale pour autrui », in *La responsabilité du fait d'autrui, actualité et évolution*, Resp. civ. et ass., novembre 2000, n° hors-série, p. 36.

BOUZAMA (A.) et FOSSIER (Th.)

- « Le curateur à la personne et la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques: des institutions à parfaire », Gaz. Pal., 18 janvier 2005, p. 2.

BOUZAMA (A.)

- « La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001 », RDSS 2002, n° 2, p. 233.

BRONDEL (S.)

- « Hospitalisation sans consentement : le gouvernement s'exécute », AJDA 2011, p. 140.

BRUGGEMAN (M.)

- « Protection juridique des majeurs : retour sur le régime de régularité des actes... », Dr. Famille, novembre 2009, alerte 79.
- « Soins psychiatriques : un avis très critique du Contrôleur général des prisons », Dr. famille, Mai 2011, alerte 41.

BRUN (Ph.)

- « Le nouveau visage de la responsabilité d'autrui », in *Etude à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presse Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 105-118.

BRUSTON (P.)

- « La rétention de sûreté est-elle une modalité d'application des peines ? », AJ Pénal 2008, p. 403.

BUISSON (J.)

- « La déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental : loi du 25 février 2008 », Procédures, avril 2008, étude 4, p. 5.

BYK (C.)

- « La loi relative au respect du corps humain », JCP 1994, éd. G I 3788, p.405-414.
- « Statut du corps humain et pratiques biomédicales : à propos des lois bioéthiques françaises », JIB, 1996, p.3-9.

CABRILLAC (R.)

- « le corps humain », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET T., Dalloz, 15ème éd., 2009, p. 175-188.

CALLU (M-F.)

- « Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte », RTD civ., avril-juin 1999, p. 326.
- « Approche juridique des directives anticipées », *Ethique et Santé*, décembre 2007, p. 225.

CARON-DEGLISE (A.)

- « L'accompagnement budgétaire des personnes en situation de précarité : enjeu essentiel », in *dossier réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 63.

CATALA (P.)

- « Regard rétrospectif sur les incapacités établies par le Code civil », in Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008 p. 1267.

CAYLA (J-S)

- « La protection des malades mentaux: commentaire de la loi du 27 juin 1990 », RDSS n° 26 (4), octobre-décembre 1990, p. 618-629.
- « Directives ministérielles pour l'interprétation et l'application de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées pour troubles mentaux », RDSS 1991, p. 557.

CERE (J-P.)

- « L'institution d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté par la loi du 30 octobre 2007 : remarques sur un accouchement difficile », AJ Pénal 2007, p. 525.

CERMOLACCE (A.)

- « Présentation générale des mesures de protection des majeurs – entre rupture et continuité », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008 p. 1268.

CHAMPENOIS-MARMIER (M-P.) et SANSOT (J.)

- « La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », D. 1991, p. 123.

CHEMTOB-CONCE (M-C.)

- « Le nouvel encadrement juridique et éthique de la recherche biomédicale en France », RGDM 2004, n° 14, p. 255.

CHEYNET DE BEAUPRE (A.)

- « Vivre et laisser mourir », D. 2003, p. 2980.
- « La maltraitance des personnes âgées », RDSS 2003, p. 176.
- « La loi sur la fin de vie », D. 2005, p. 164.
- « La révision de la loi relative à la bioéthique », D. 2011, p. 2217.

CHOPARD (J.-L.)

- « Hospitalisation à la demande d'un tiers et hospitalisation d'office », La revue du praticien, 2003, 53, n° 3, p. 321-327.

CIMAR (L.)

- « La situation juridique du patient inconscient en fin de vie », RDSS 2006, p. 470.

CLEMENT (C.)

- « Le médecin, son obligation de soins et la volonté du malade », LPA, janvier 2002 n°11, p.18-21.

CLEMENT (J.-M.) et CLEMENT (C.)

- *Les principales décisions de la jurisprudence hospitalière – Responsabilité médicale et hospitalière des personnels médicaux et non médicaux, contentieux devant les juridictions financières*, Berger- Levraut, 1995.

COELHO (J.)

- « Hospitalisations psychiatriques sous contrainte : plaider pour une réforme », RDSS 2006 p. 259.
- « Responsabilité du fait du suicide de patients psychiatriques en hospitalisation libre : quelle obligation de surveillance ? », AJDA 2008, p. 441.

CONSTANTINIDES (Y.)

- « limites du principe d'autonomie », in *Ethique, médecine et société : comprendre, réfléchir, décider*, sous dir. E. HIRSCH, préf. D. SICARD, Vuibert, coll. espace éthique, 2007, p. 92-101.

CORDIER (J.-C.), POUYOLLON (F.)

- « Soins sans consentement », L'information psychiatrique, 2001, n° 7, p.699-705.

CORMIER (M.)

- « La nouvelle régulation du dispositif social et médico-social : une transposition du droit hospitalier ? », In *Dossier - Renovation de l'action sociale et médico-sociale*, ADSP n° 43, juin 2003, La documentation française, p. 23.

CORPART (I.)

- « Nouvelle loi sur la fin de vie : début d'un changement », Dr. Famille, juin 2005, étude 14.

COUTURIER (M.)

- « Le compte en banque de la personne vulnérable », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1270.
- « Secret médical et protection des personnes atteintes de troubles psychiques », RDSS 2009, p. 277.

COUZIGOU-SUHAS (N.) et LE LEVIER (Y.)

- « Le mandat de protection future », Defrénois, 2006, p. 633
- « Les habilitations judiciaires entre époux : une figure libre d'assistance à la personne vulnérable à promouvoir », AJ Famille 2006, p. 198.

CROVOISIER (A.) (De)

- « Droits des usagers et droits des malades dans les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », in *Dossier – Rénovation de l'action sociale et médico-sociale*, ADSP n° 43, juin 2003, La documentation française, p. 52.

DAOUT (C.)

- « Les directives anticipées : vers un respect de l'être humain devenu incapable ? », Ethique et Santé, juin 2007, p. 78.

DAROUSSIN (D.)

- « Personnes, choses, corps », in *Le corps et ses représentations*, sous dir. DOCKES E. et LHUILIER G., Litec, 2001, collection CREDIMI « Théories et droit », volume 1. p.80-146.

DAUCHY (J.-M.)

- « Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme des décisions administratives d'internement psychiatrique », RDSS 2001, p. 474.

DAUDET (V.)

- « Compatibilité des dispositions du Code de la santé publique relative à la stérilisation d'une personne handicapée avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Les grandes décisions du droit médical*, sous dir. VIALLA F., LGDJ, 2009, p. 96.

DAURY-FAUVEAU (M.)

- « La faute de l'aliéné et le contrat », JCP 1998, I 160.

DEBENE (M.)

- « Commentaire de la loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation », AJDA 1990, p. 871.

DELBANO (F.)

- « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », D. 1999, p. 408.

DELFOSE (A.) et BAILLON-WIRTZ (N.)

- « Le mandat de protection future », D. 2007, p. 2224.
- « Le mandat de protection future », JCP G 2007, I 147 et JCP N 2007, p. 1140.

DELOUIS (E.)

- « *Le mandat de protection future : le point sur la mise en œuvre d'un contrat très attendu* », LPA, 4 novembre 2010, n° 220, p. 25.

DEMICHEL (A.)

- « La théorie juridique du consentement : permanence et mutations », Rev. de Méd. Psychosom., 1993, 34, p. 11-24.
- « La théorie juridique du consentement : permanence et mutations », Rev. De Méd. Psychosom., 1993, 34, p. 16
- « Plaidoyer pour un droit nomade », RGDM, 2009, n° 32, p. 197 et s.
- « A la recherche de l'acte médical : voyage autour d'un innommable », RGDM, 2011, n° 40, p. 53 et s.

DERVAUX (A.)

- « Hospitalisation sous contrainte : quand et comment ? », La revue du praticien médecine générale, 2003, 17, n° 632, p. 1537-1540.

DESCHAMPS (J.-L.)

- « La tendance à la porosité des concepts politiques afférents aux « malades médico-légaux », « aux malades difficiles » et aux « malades détenus ». La perspective fusionnelle de l'accueil de ces trois catégories de patients en unité de malades difficiles : un mirage dans le travail parlementaire, ou un nouvel horizon juridique ? », RDS à paraître.

DESCOT (N.)

- « La participation effective du majeur protégé au procès pénal après la loi du 5 mars 2007 », AJ Pénal 2008, p. 21.

DEVOLDERE (R.)

- « La personne handicapée mentale acteur de sa propre vie », *Réadaptation*, n° 480, mai 2001, page 12.

DIEDERICH (N.)

- « Droit à la procréation ou sélection humaine ? », in *Stériliser le handicap mental ?*, sous dir. DIEDERICH N., Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 9-38.

DIEU (F.)

- « Hospitalisation sous contrainte et encadrement thérapeutique de l'information délivrée au malade », RDSS 2009, p. 688.

DOURLEN-ROLLIER (A.-M.)

- « Contexte juridique de la stérilisation volontaire en France et dans les pays développés », In *Les enjeux de la stérilisation*, Edité par GAMI A. et LERIDON H., INSERM, INED, 2000, p. 145-157.

DORSNER-DOLIVET (A.)

- « Responsabilité des cliniques en raison des accidents survenus aux malades mentaux », Gaz. Pal. 1980, doct. p. 458 et s.

DREIFUSS-NETTER (F.)

- « Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », D. 2005, p. 1808.
- « Les directives anticipées : de l'autonomie de la volonté à l'autonomie de la personne », in *dossier Bioéthique et droits des usagers du système de santé*, Gaz. Pal., 10 juin 2006, n° 161, p. 23.

DREYER (E.)

- « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730.

DUBOUIS (L.)

- « La loi du 27 juin 1990 assure-t-elle une protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux conforme au droit européen ? », in *Etudes offertes à Jean-Marie AUBY*, Dalloz, 1992, p. 727-732.
- « La loi du 27 juin 1990 et le droit européen », *Information psychiatrique*, vol. 68, n° 9, novembre 1992, p. 902-907.

DUJARDIN (V.)

- « L'obligation de surveillance dans les établissements de santé mentale –Essai d'analyse jurisprudentielle », dossier BJPH, oct. 2007, n° 101, p. 2.

DUPUY (O.)

- « Consentement aux soins : le rôle de l'entourage du patient », RDS, n° 6, juillet 2005, p. 340.

ECHAVIDRE (P.)

- « Procréation et exercice de la fonction parentale chez les personnes dites handicapées mentales », in *Stériliser le handicap mental ?*, sous dir. DIEDERICH N., Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 147-162.

EDELMAN (B.)

- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D.1997 Chron, p.185-188.
- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », in *La dignité de la personne humaine*, sous dir. PAVIA M.-L. et REVET Th., Economica, collection Etudes juridiques, 1999, p. 25-34 .

ESPER (C.)

- « La personne de confiance », Gaz. Pal. 17 décembre 2002, n° 351, p. 13.
- « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », RGDM 2003, n° 11, p. 81.

EVERAERT-DUMONT (D.)

- « Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médicaux-sociaux : quelle évolution ? », Dr. Social, mars 2005, p. 311.

FABRE-MAGNAN (M.)

- « Le domaine de l'autonomie personnelle : Indisponibilité du corps humain et justice sociale », D. 2008, p. 31.

FAINZANG (S.)

- « L'autonomie du malade : le droit de désobéir », Les Cahiers du CCNE n° 44, 2005, p. 25.

FARGOT-LARGEAULT (A.)

- « Le consentement éclairé. Historique du concept de consentement », Médecine et Droit, n° 6, juin 1994, p. 55-56.

FAVIER (Y.)

- « Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs : une nouvelle profession sociale », RDSS 2008, p. 826.

FENOUILLET (D.)

- « Le mandat de protection future ou la double illusion », Defrénois, 30 janvier 2009, n° 2, p. 142.

FOSSIER (Th.)

- « Les libertés et le gouvernement de la personne incapable majeur », JCP N 1985, I, 3195.
- « Vingt-cinq ans de protection des majeurs », JCP N 1993, p. 164.
- « Le rapport du groupe Jean FAVARD sur le dispositif de protection des majeurs », JCP N 2000, p. 1799.
- « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », JCP 2003, I 135.
- « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », Dr. Famille, mai 2004, étude 10.
- « La protection de la personne, autant que celle des biens », JCP N 2005, p. 1106.
- « L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer », Defrénois 2005, n° 1, p. 3.
- « La protection de la personne, un droit flexible », Dr. Famille, mai 2007, étude 17.
- « La réforme de la protection des majeurs - Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007 », JCP 2007, I 118 et JCP N 2007, p. 1128.
- « Le mandat de protection future sous seing privé, deuxième décret d'application de la réforme de la protection des majeurs », Dr. Famille, janvier 2008, étude 2.
- « Le statut civil de la personne vulnérable gouverné par des principes fondamentaux », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1277.
- « Patrimoine et intérêts juridiques, traditions et nouveautés », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 52.
- « Actes de gestion du patrimoine des personnes protégées. - À propos du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 », JCP G 2009, act. 20.

FOSSIER (Th.), et RADIEUX (S.)

- « Les directives anticipées en France », Médecine et Droit, Elsevier, 2005, p. 146.

FOSSIER (Th.) et HARICHAUX (M.)

- « La tutelle à la personne des incapables majeurs : l'exemple du consentement à l'acte médical », RDSS 1991, p. 1.

FOSSIER (Th.) et VERHEYDE (Th.)

- « La stérilisation à fins contraceptives des incapables majeurs », JCP 2001, n° 30, 25 juillet 2001, p. 1477.
- « Réforme des tutelles : la protection de la personne », AJ Famille 2007, p. 160.

FOYER (J.)

- « Le doyen Carbonnier et la médicalisation des droits des incapables majeurs », RGDM, LEH, 2004, n° 13, p. 195-198.

FRESNEL (Fl.)

- « La stérilisation des malades mentaux », Médecine et droit, 1998 n°31, p.12-17.
- « La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé », Gaz. Pal. 26 août 1999, Doctrine, p. 1239.
- « Éloge de la folie par le droit ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales », Gaz. Pal. 2000, n° 216, p. 2.
- « La stérilisation volontaire contraceptive », Dalloz. 2001, p. 2045.
- « Les positions des avocats sur le projet de loi de protection juridique des majeurs », Gaz. Pal. 20 février 2007, n° 51, p. 2.
- « le rôle de la famille dans le cadre de la nouvelle loi sur la protection de majeurs », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 16.
- « Incapables majeurs : Le médecin et le droit des majeurs », Gaz. Pal., 15 octobre 2009 n° 288, p. 3.
- « La notion d'urgence en droit de la protection des incapables, des majeurs protégés et des mineurs. Retour sur la réforme de la protection juridique des majeurs », Gaz. Pal. 2010, n° 30, p. 21.

FRIARD (D.)

- « Isolement et contention : Comment ne pas en faire un acte de violence ? », in Santé mentale, le mensuel des équipes soignantes en psychiatrie, n° 17, avril 1997, p. 10-15.

FRIOURET (L.)

- « Le refus de soins vitaux », Les Cahiers du CCNE n° 44, 2005, p. 30.

FRISON-ROCHE (A.)

- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573.

GEFFROY (Cl.)

- « La protection tutélaire des majeurs en matière personnelle », JCP 1933, I, 3724, p. 527.

GEKIERE (C.)

- « Le consentement insensé. A propos de la contrainte en psychiatrie », in *La contrainte et l'acte*, BUCHVALD C., CORNAZ L., TELLERMANN E. et al..., l'Harmattan, coll. Pratiques de la folie, 1997, 115-135.

GHEBALI-BAILLY (M.)

- « Le droit des usagers dans la loi du 2 janvier 2002 », In *dossier -Rénovation de l'action sociale et médico-sociale*, ADSP n° 43, juin 2003, La documentation française, p. 49

GIAMI (A.) et LAVIGNE (C.)

- « La stérilisation des femmes handicapées mentales et le « consentement libre et éclairé » », in *Stériliser le handicap mental ?*, sous dir. DIEDERICH N., Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 69-79.

GIMENO (V.)

- « Les apports de la décision IVG au traitement jurisprudentiel du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », *Revue du droit public* – N°5 – 2001.

GIRAULT (C.)

- « Du principe de reconnaissance mutuelle ou de l'autonomie bien comprise », *Les Cahiers du CCNE* n° 44, 2005, p. 28.

GIRER (M.)

- « Le consentement contractuel : mythe et réalité : pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », *RGDM*, 2004, p. 41 et s.

GLASSON (Ch.)

- « Le mandat de protection future : des dispositions conventionnelles pour la fin de vie », *RDSS* 2009, p. 890.

GRABARCYK (K.)

- « L'hospitalisation sans consentement sous les feux des juges européen et constitutionnel », *JCP* 2011, p. 189, note sous CEDH 18 novembre 2010.

GRABOY-GROBSECO(A.)

- « Les séjours psychiatriques sous contrainte et l'évolution des droits des malades », *AJDA* 2004, p. 65.

GRAND (R.)

- « La réforme des soins psychiatriques adoptée sous la pression du juge constitutionnel », *AJDA* 2011, p. 1234.
- « Publication des décrets d'application de la loi relative aux soins psychiatriques », *AJDA* 2011, p. 1465.

GRIDEL (J.-P.)

- « L'âge et la capacité civile », *D.* 1998, p. 90.

GONGGRYP (Th.)

- « L'hospitalisation sous contrainte à l'épreuve des droits fondamentaux des patients », in *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006, p. 41-112.

GUIGNARD (L.)

- « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *RJJ* 2000, p. 45.

GUIGUE (M.)

- « Injonction de soins et traçabilité des personnes ayant fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », RDS 36, juillet 2010, p. 358.

GUIGUE (S.)

- « Le rôle de l'entourage du patient dans la fin de vie », Actes du 16^{ème} congrès de droit médical, Toulouse, août 2006, LEH, p. 1551.
- « Suicide du patient », in *Les grandes décisions du droit médical*, sous dir. F. VIALLA, LGDJ, 2009, p. 409.

HAAS (S.), GUEDON (E.), JOLY (C.) et DECHELOTTE (P.)

- « Directives anticipées : quels enjeux et quelles recommandations pratiques ? », *Ethique et Santé*, décembre 2007, p. 218.

HADLEY STARK (J.)

- « L'hospitalisation psychiatrique sous contrainte dans la jurisprudence contemporaine », JCP 2005, I, p. 155.

HAUSER (J.)

- « Réflexion sur la protection de la personne incapable », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 227-236.
- « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », RDSS 1992, p. 467.
- « L'incapable et nous », JCP N 1999, p. 863.
- « La notion d'incapacité », LPA 2000, n° 162, p. 3.
- « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », LPA 2002, n° 243, p. 19.
- « Le consentement aux soins des majeurs protégés », LPA 2002, n° 56, p. 4-10.
- « Des incapables aux personnes vulnérables », *Dr. Famille*, mai 2007, étude 14.
- « La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques », in *La liberté de la personne sur son corps*, sous-direction MUZNY P., actes colloque de biomédecine et droit organisé le 8 janvier 2010 par l'Ecole des avocats de Rhône-Alpes, Dalloz, 2010, p. 85-103.

HAUTEVILLE (A.) (d')

- « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civiles et pénale d'imprudence », in *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 145-154.

HENNION-JACQUET (P.)

- « Le paradigme de la nécessité médicale », RDSS 2007, p. 1038.
- « Dignité et détention des personnes souffrant de troubles mentaux et si la justice s'arrêtaient aux portes des prisons ? », RDSS 2009, p. 509.

HIRSH (E.) et J. MANN (J. M.)

- « Droits de l'homme et respect de la personne », in *Ethique, médecine et société : comprendre, réfléchir, décider*, sous dir. E. HIRSCH, préf. D. SICARD, Vuibert, coll. espace éthique, 2007, p. 168-175.

HOCQUET-BERG (S.)

- « Le texte sur la fin de vie : une loi pour les malades ou... pour les médecins ? », RCA, mai 2005, alerte 47.

HOCQUET-BERG (S.) et PETON (P.)

- « Le régime juridique de la recherche biomédicale réformé par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique », RCA, octobre 2004, p. 16.

IACUB (M.)

- « L'interdiction des relations sexuelles entre personnes handicapées mentales et bien-portantes en droit français », in *Stériliser le handicap mental ?*, sous dir. DIEDERICH N., Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 51-68.

JACOBIN (S.)

- « Santé mentale et droit pénal : les « incapables » du droit civil et les « incapables » du droit pénal », RDSS 2008, p. 835.

JONAS (C.)

- « Le consentement des malades mentaux à leurs soins », Nervure, tome III, janvier 1990, n° spécial, p. 57
- « Le consentement des malades mentaux à leurs soins », Nervure, tome III, janvier 1990, n° spécial, p. 55-58.
- « Consentement et psychiatrie », Forensic, 2000, 2 -3, p. 16-18.
- « Les obligations de surveillances des cliniques et des hôpitaux », in *Responsabilité médicale : la référence pour les hôpitaux, médecins, juristes*, sous dir. de A. ROGIER, ESKA, 2005, p. 719
- « Les aspects médicaux de la protection des majeurs », Dr. Famille, mai 2007, étude 15.
- « Majeurs protégés : bilan de la réforme, Le point de vue d'un médecin spécialisé » AJ Famille 2011, p. 183.

JONAS (C.), VIGNOLES (J-C.)

- « Le consentement aux soins et traitements imposés en psychiatrie », L'information psychiatrique, vol 68, n° 6, juin 1992, p. 607-611.

JONAS (C.) et SENNON (J-L.)

- *Responsabilité médicale et droit du patient en psychiatrie*, EMC, ELSEVIER, 2004

JOURDAIN (P.)

- « La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000 : Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil, » RDC 2011, p.748.
- « La responsabilité civile du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Etude à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presse Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 67-81.
- « Retour sur l'imputabilité », in *Mélanges à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.511 -527.

JULIEN (J.)

- « Responsabilité des associations sportives : dernier essai », D. 2010, p. 1612.

KLEIN (J.)

- « Le mandat de protection future enfin opérationnel », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 56.

LABBEE (X.)

- « La personne, l'âme et le corps », LPA, 5 décembre 2002 n°243, p.5-8.

LABRUSSE-RIOU (C.)

- « Code civil et code de la santé publique », RDSS 2008, p. 427.

LAMBERT-GARREL (L.)

- « Les recommandations de l'Association française de Psychiatrie, Recommandations pour la pratique professionnelle du diagnostic de l'autisme de la Fédération française de psychiatrie », RDS, 2006, n° 11, p. 299 et s.
- « Dualité du régime de la responsabilité du fait d'autrui en matière de placement de mineur handicapé ? » obs. sur Cass. civ. 2nd, 24 mai 2006, n° 04-17.495, RDS, 2006, n° 13, p. 462.
- « Problématiques autour du dépistage néonatal de certaines maladies génétiques », Avis du CCNE n° 97 du 10 mai 2007, Questions éthiques posées par la délivrance de l'information génétique néonatale à l'occasion du dépistage de maladies génétiques, RDS, 2008, n° 22, p. 238 et s.
- « Du possible au souhaitable : regard du juriste sur la procréation », RDS, 2010, n° 38, p. 509 et s.
- « Précisions sur la nouvelle stratégie de dépistage de la trisomie 21 en France », RDS, 2010, n° 35, p. 266 et s.
- « Révisions des lois bioéthiques entre adaptations et innovations : un bilan mitigé », RDS, 2011, n° 39, p. 7 et s.

LAMBERT-GARREL (L.) et ANAHORY (T.)

- « L'extension du diagnostic préimplantatoire et « l'enfant du double espoir », RDS, 2004, n° 2, p. 151 et s.
- « Les cellules souches embryonnaires », RDS, 2005, n° 4, p. 90 et s.
- « Mise au point sur la recherche portant sur les cellules souches embryonnaires », RDS, 2005, n° 4, p. 129 et s.
- « A propos du décret n° 2006-1661 du 22 décembre 2006 relatif au diagnostic prénatal et diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro modifiant le Code de la santé publique », RDS, 2007, n° 16, p. 218.

LAMBERT-GARREL (L.) et MOREL (K.)

- « Décret n° 2006-121 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le Code de la santé publique » RDS, 2006, n° 11, p. 290 et s.

LAMBERT-GARREL (L.), MILLAIRE (N.), ROMANO (J.)

- « Un projet de loi enfin adopté ! », RDS n° 43, septembre 2011, p.537-550.

LANDAIS (Cl.)

- « Le maintien en hospitalisation d'office doit être précédé d'une procédure contradictoire », AJDA 2011, p. 1786.

LANGE (D.)

- « Le conjoint de l'aliéné », RTD civ. 1984, p. 33.

LANGLOIS (A.)

- « éthique et connaissance/ la recherche à visée cognitive : l'acceptabilité sociale des essais sur volontaires sains en France », in *Les fondements de la bioéthique*, sous dir. PARIZEAU (M-H.), De Boeck Université, 1992, p. 153-168.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- « Le régime matrimonial de l'incapable », JCP N 1999, p. 843.

LAVAUD-LEGENDRE (B.)

- « La paradoxale protection de la personne vulnérable par elle-même: les contradictions d'un « droit de la vulnérabilité » en construction », RDSS 2010, p. 520.

LECA (A.)

- « Introduction historique à la découverte de la psychiatrie par la science juridique », in *La psychiatrie est-elle soluble dans le droit médical ?*, Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n° 6, PUAM, 2006, p. 11-40.

LE TOURNEAU (Ph.)

- « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », JCP 1971, I 2401.

LEMOINE (P.), LACHAUX (B.)

- « Du consentement impossible à l'oubli de l'incapable », *Nervure*, tome VI, mars 1993, n° hors-série, p. 17-20.

LEPROVAUX (J.)

- « Le mandat de protection future », in Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1273.

LEVY (M.)

- « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », RDSS n° 2002 p. 423.

LIGNEAU (P.)

- « L'activité associative à l'épreuve de la loi du 2 janvier 2002 portant rénovation de l'action sociale et médico-sociale », RDSS 2003, p. 563.

LOKIEC (P.)

- « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », RDSS 2006, p. 865.

LOMBOIS (C.)

- « La personne, corps et âme », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), PUF, publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 57-71.

MALAURIE (Ph.)

- « Examen critique du projet de loi portant réforme de la protection juridique des majeurs », Defrénois 2007, art. 38510, p. 13.
- « La réforme de la protection juridique des majeur », LPA, 28 mars 2007, n° 63, p. 5.

MANANGA (F.)

- « Le statut du travailleur handicapé mental en Etablissement ou Service d'Aide par le Travail (ESAT) et l'application du droit du travail », Rev. dr. trav. 2008, p. 89.

MARIA (I.)

- « Intervention de l'autorité judiciaire dans l'hospitalisation sous contrainte : éclaircissement ou nouvelle complexification ? », Dr. Famille, janvier 2011, comm. 11.

MARTINENT (É.), REYNIER (M.) et VIALLA (F.)

- « Une tentative de libéralisation de l'acte thanatique sans ordonnance devant la CEDH : la continuation de la politique devant d'autres moyens », *D.*, 2011, pp. 925-928.

MASSIP (J.)

- « Le mandat de protection future », *Gaz. Pal.* 14 juin 2008 n° 166, p. 5 et *Gaz. Pal.* 17 juin 2008, n° 169, p. 5 ; *LPA*, 27 juin 2008, n° 129, p. 11.
- « Les règles applicables aux actes personnels et médicaux concernant un majeur en tutelle », *Dr. Famille*, juillet 2010, étude 18.

MATHIEU (B.)

- « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, *chron.* p. 211.
- « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, sous dir. SERIAUX A., NEIRINCK C., LABRUSSE-RIOU C., PUAM, collection du Laboratoire de Théorie Juridique, 1996, p. 213-236.

MATSOPOULOU (H.)

- « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Dr. pén.*, avril 2008, étude 5.

MAYAUD (Y.)

- « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... », *Dalloz*. 2000, p. 603.

MAZEN (N.-J.)

- « Les nouvelles formes d'assentiment à l'acte médical », *RGDM*, n° 10, 2003, p. 41.

MEHIER DE MATHUISIEULX (S.)

- « Le handicap et l'autorité parentale », *RDSS* 1993, p.187.

MEMETEAU (G.)

- « Vie biologique et personnalité juridique : « qui se souvient des Hommes ? » », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), PUF, publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p.21-56.
- « Remarques sur la stérilisation non thérapeutique après les lois de bioéthique », JCP 1995, I 3838.
- « La responsabilité hôtelière de la clinique privée », RDSS 1995, p. 475.

MIRKOVIC (A.)

- « Soins psychiatriques : une adoption dans l'urgence ! », JCP G 2011, AR, p. 847.

MISLAWSKI (R.)

- « Dignité, autonomie, vulnérabilité : approche juridique », in *Ethique, médecine et société : comprendre, réfléchir, décider*, sous dir. E. HIRSCH, préf. D. SICARD, Vuibert, coll. espace éthique, 2007, p. 176-186.

MISTRETTA (P.)

- « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation », JCP G 2002, I 141.

MOLFESSIS (N.)

- « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, sous dir. PAVIA M.-L. et REVET Th., Economica, collection Etudes juridiques, 1999, p. 107-136.

MOLINER-DUBOST (M.)

- « Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, commentaire de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 », AJDA 2008, p. 84.

MONTADOR (J.)

- « Une source importante de responsabilité administrative : le suicide du malade à l'hôpital », ADJA 1972, p. 197

MOQUET-ANGER (M.-L.)

- « Le droit des personnes hospitalisées », RDSS 2002, p. 657.

MOUREAU (F.)

- « La place de l'avocat dans la nouvelle législation sur la protection des majeurs », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 12.

NEIRINCK (C.)

- « L'indisponibilité du corps », in G. KOUBI, *Propriété et révolution*, CNRS/ Service des publications de Toulouse I, 1990, p. 263.
- « Le consentement à l'acte médical, analyse juridique », in *L'acte médical et les droits du malade*, sous dir. NEIRINCK Cl., Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. Droit et médecine, 1996.

NOGUERO (D.)

- « Interrogations au sujet du mandat de protection future », D. 2006, p. 1133.

OPPELT-REVENEAU (M.-E.)

- « La protection de la personne de l'incapable majeur », LPA, 4 novembre 1999, n° 220, p. 4.

PAILLET (E.)

- « La dignité de la personne majeure protégée », in *Ethique, Droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian BOLZE, sous dir. PEDROT Ph., Economica, 1999, p. 283-299.

PARISOT (A.-S.)

- « Droit à compensation et droit au recours », in *Droit public et handicap*, sous dir. GUEZOU O. et MANSON S., Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 295-310.

PAVIA (M.-L.)

- « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, sous dir. PAVIA M.-L. et REVET Th., Economica, collection Etudes juridiques, 1999, p.3-23.
- « La dignité de la personne humaine », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET Th., Dalloz, 15^{ème} éd., 2009, p. 151-173 ;
- « La dignité de la personne humaine », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET Th., Dalloz, 17^{ème} éd., 2011, p. 160-179.

PECAUT-RIVAULIER (L.)

- « Logement et majeur protégé », AJ Famille 2008, p. 384.
- « Les mesures concrètes pour simplifier l'exercice des mesures et diminuer leur nombre », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 10.

PECHILLON (E.)

- « Le droit des unités hospitalières spécialement aménagées (UHSA) : la création progressive de zones pénitentiaires dans les hôpitaux psychiatriques », AJ Pénal 2010, p. 332.
- « Publication de la loi sur le soin sous contrainte. - Un texte adopté en urgence avant l'échéance fixée par le Conseil constitutionnel », JCP ACT 2011, n° 29, act. 508.

PELICIER (Y.)

- « Ethique et droit du malade mental », Soins psychiatrie, n° 161, mars 1994, p. 4-6.

PELLIER (J.-D.)

« Le mandat de protection future issu de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », LPA, 25 avril 2007 n° 83, p. 4.

PENNEAU (J.)

- « Protection de la personne dans le domaine de la recherche médicale », RID comp., 1998, p. 383.

PERROTIN (F.)

- « Un nouvel outil patrimonial : le mandat de protection future », LPA, 20 novembre 2009, n° 232, p. 3.

PETERKA (N.)

- « La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs », JCP 2010, p. 33.

PHILIPPE (C.)

- « Régimes matrimoniaux et altération des facultés mentales », Dr. Famille, mai 2006, étude 24.

PHILIPPE (X.)

- « La liberté d'aller et de venir », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous dir. CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M-A.), REVET (Th.), Dalloz, 17^{ème} éd., 2011, p. 349-377.

PICARD (J.)

- « Mandat et handicap de santé à venir. L'exemple de l'Espagne », JCP N 1999, p. 1811.

PLANIOU (M.)

- « Etudes sur la responsabilité civile », Rev. Crit. Leg. et juris, 1905, p. 283.

PONSEILLE (A.)

- « Quelques réflexions (perplexes) à propos de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », RDS 23, mai 2008, p. 308 et suite n° 24, juillet 2008, p. 430.
- « Personnes atteintes d'un trouble mental ayant altéré leur discernement : entre responsabilité pénale atténuée et injonction de soins renforcée », RDS 41, mai 2011, p. 292.

POTENTIER (Ph.)

- « Le domaine du mandat de protection future », JCP N 2007, p. 1262.

PRADEL (J.)

- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », D. 2008, chron. N°15.

PY (B.)

- « Droit et valeurs sociales : le statut de l'être humain dans le nouveau code pénal », Cahiers de la sécurité intérieure, 1994, p. 69 et s.
- « Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale », La vie judiciaire, 1996, p. 2
- « Acte médical et respect de la pudeur », Actes du 16ème congrès de droit médical, Toulouse, août 2006, LEH, p. 249
- « L'option de conscience », Actes du 16ème congrès de droit médical, Toulouse, août 2006, LEH, p. 251.

QUINCHE (F.)

- « Respect du droit et de l'autonomie ou bienfaisance ? », Ethique&Santé 2005 ; vol 2, n° 1, Masson Paris, 2005, p. 41-45.

RADE (Ch.)

- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999, chron. p. 323.

RAOUL-CORMEIL (G.)

- « Les « directives anticipées » sur la fin de vie médicalisée », RLDC n° 30, septembre 2006, n° 2209, p. 57.
- « Les libéralités consenties à une personne vulnérable ou par elle », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1272.

RAVILLON (L.)

- « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », RDSS 1999, p. 191.

REBOURG (M.)

- « Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs », Dr. Famille, mai 2007, étude 16.

RETAULT (A.)

- « L'expérimentation sur le malade : soins ou recherche ? A propos de l'application de la loi Huriet en psychiatrie », RTD civ., 1998, p. 57.

ROBERT (A-G.)

- « Décret n° 2008-246 du 12 mars 2008 relatif au Contrôleur général des lieux de privation de liberté », RSC 2008, p. 958.

ROBERT (J-H.)

- « Récidive législative – Commentaire de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale », Dr. pén., n° 5, mai 2010, étude 8.

ROGER (Ph.)

- « L'hospitalisation sous contrainte », RGDM, LEH, 2004, n° 13, p. 275-292

ROMAN (D.)

- « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », RDSS, 2005, p. 423.
- « A corps défendant », la protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, p. 1284.

ROUBIER (P.)

- « Le rôle de la volonté dans la création des droits et devoirs », Arch. philo. dr., 1957, n° 3, p. 1.

ROUMIER (W.)

- « Prison et troubles mentaux : comment remédier aux dérives du système français ? », Dr. pénal, Juin 2010, alerte 30.

ROUSSET (H.)

- « Libre propos sur l'avis n°87 du Comité consultatif national d'éthique : Refus de traitement et autonomie de la personne », Les Cahiers du CCNE n° 44, 2005, p. 26.

SAGAUT (J-F.)

- « Empêchement ou impéritie des époux : les solutions du droit des régimes matrimoniaux », AJ Famille 2003, p. 124.

SAINT AFFRIQUE (de) (D.)

- « Regard sur la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie », Médecine et Droit, Elsevier, 2005, p. 133.

SALHI (K.)

- « La régularité des actes passés avant et après les mesures de protection », in *Dossier - Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, actes du colloque : Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007, Caen, 20-21 mars 2008, JCP N 2008, p. 1273.

SALVAGE-GEREST (P.)

- « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », Dr. Famille, mars 2009, étude 17.

SAN JULIAN PUIG (V.)

- « Les directives anticipées en France et en Espagne », RDSS 2007, p. 86.

SENON (J-L.) et MANZANERA (C.)

- « Psychiatrie et Justice : nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention sûreté », AJ Pénal 2008, p. 176.

SENON (J-L.), JONAS (C.)

- « Protection de la personne. Droit des patients en psychiatrie », Médecine et Droit, Elsevier, 2005, p. 33-49.

SERIAUX (A.)

- « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in *Le droit, la médecine et l'être humain : propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIème siècle*, sous dir. SERIAUX (A.), NEIRINCK (C.), LABRUSSE-RIOU (C.), PUAM, collection du Laboratoire de Théorie Juridique, 1996, p. 147-164.

SIMON (O.)

- « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », RTD civ. 1974, p. 707.

SVANDRA (P.)

- « L'autonomie comme expression des « capacités » », Ethique et Santé, juin 2007, p. 74.

TAGLIONE (C.)

- « La personne de confiance : facteur de progrès ou source de difficultés à venir ?, réflexion sur un dispositif juridique incertain », RGDM, n° 17, 2005, p. 397.
- « les droits de l'usager d'une structure sociale ou médico-sociale sur ses données de santé. Approche de l'appréhension de la question en droit français », in *le droit à la santé des personnes handicapées mentales et psychiques*, sous dir. CECCOTTO R., FICHE G., MACON H. et ZRIBIG., ENSP, 2007, p. 25-42.

TAUDIN (L.)

- « Mandat de protection future. Itinéraire sinueux d'une représentation », JCP N 2009, p. 1357.

THERON (S.)

- « De quelques remarques sur une évolution attendue de la prise en charge de la maladie mentale : l'instauration de soins ambulatoires sans consentement », RDSS 2010, p. 1088.

THIERRY (J-B.)

- « consentement et soins psychiatriques, in *Les grandes décisions du droit médical*, sous dir. F. VIALLA, LGDJ, 2009, p. 139.

THOUVENIN (D.)

- « La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique », LPA 14 décembre 1994, n° 149, p. 27
- « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformés en obligations », RGDM, LEH, 2004, n° 13, p. 79-100.

TRIGEAUD (J.-M.)

- « La personne humaine, sujet de droit », in *La personne humaine, sujet de droit*, Quatrièmes Journées René Savatier (Poitiers, 25 et 26 mars 1993), PUF, publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 3-18.

TRUCHET (D.)

- « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », RDSS 2002, p. 817.

VANDENDRIESSCHE (X.)

- « Le droit des hospitalisations psychiatriques : derniers développements », RDSS 1992, p. 1.

VAUTHIER (J-Ph.)

- « Hospitalisation sans consentement et compétence juridictionnelle », in *Les grandes décisions du droit médical*, sous dir. F. VIALLA, LGDJ, 2009, p. 420.

VERHEYDE (Th.)

- « La protection de la personne du majeur protégé », in *Dossier - Réforme des tutelles : les décrets*, AJ Famille 2009, p. 19.
- « Le logement dans la réforme de la protection juridique des majeurs », AJ Famille 2009 p. 448.

VIALLA (F.)

- « Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé », JCP E, 2002, p. 9 et s.
- « Lectures croisées des lois du 2 janvier et du 4 mars 2002 », RGDM, 2004, NS, article issu des travaux menés au cours du colloque Droits des malades et qualité du système de santé : loi du 4 mars 2002 » qui s'est tenu le 23 mai 2003 à l'Université Montpellier I, organisé par le Centre européen d'études et de recherches droit et santé, p. 151 et s.
- « Droits des malades et qualité du système de santé : La loi du 4 mars 2002 », RGDM, 2004, NS, article issu des travaux menés au cours du colloque Droits des malades et qualité du système de santé : loi du 4 mars 2002 » qui s'est tenu le 23 mai 2003 à l'Université Montpellier I, organisé par le Centre européen d'études et de recherches droit et santé, p. 11 et s.
- In *L'éthique et la mort*, RGDM, n° spécial, avr. 2004, p. 15 et s.
- « Euthanatos suite... », RDS, 2005, n°6, pp. 282-291.
- « Droits des Malades et fin de vie », D. 2005, p. 1797.
- « Variations sur le corps humain à l'hôpital », RGDM, 2005, pp. 199-214.
- « Ευθαναθος, Approche de la fin de vie en droit français », Actes du 16ème congrès de droit médical, Toulouse, août 2006, LEH, p. 733.
- « Ευθαναθος, encore... A propos des décrets du 6 février 2006 », RDS, 2006, n° 11, pp. 228-242.
- « Clientèle médicale et régimes matrimoniaux », obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, n° 05-13.970, RDS, 2006, n° 13, p. 464.
- « La Cour de Strasbourg et les Droits de l'homme né handicapé », RDS, 2006, n° 9, pp. 12-25.
- « Ευθανατος, suite, suite et re suite... », RDS, 2007, n° 17, p. 275.
- « Aux frontières de la vie : la mort comme solution ? », Médecine et droit, 2008, pp. 96-99.
- « Fin de vie et euthanasia : entre instrumentalisation et euphémisation », RDS, 2008, n° 23, pp. 304-307.
- « L'euthanasie : libres propose d'un juriste », RGDM, 2008, pp. 113-136.
- « On (en)ferme », RDS, 2009, n° 28, p. 112 et s.
- « Licence to kill? Mon nom est Thanatos (...) Ευθανατος », RDS, 2011, n° 40, pp. 175-176.
- « Vers un acte médico-légal ? », JCP G, 2011, comm. 98, pp. 198-199.
- « Explication de texte : qu'est-ce que le consentement éclairé ? » obs. sur CA Toulouse, 25 octobre 2010, n° 10/01705, RDS, 2011, n° 39, p. 33 et s.
- « Bref retour sur le consentement éclairé », note sur CA Toulouse 25 octobre 2010, n° 10/01705, D., 2011, p. 292 et s.

ZAGURY (D.)

- « Pratiques et risques de l'expertise psychiatrique », in *Folie et justice : relire Foucault*, sous dir. CHEVALLIER Ph. et GREACEN T., Erès, 2009, p. 87-102.

ZUCKER-ROUVILLOIS (E.)

- « La fabrique des handicapés mentaux », in *Stériliser le handicap mental ?*, sous dir. DIEDERICH N., Editions Eres, coll. Etudes, recherches et actions en santé mentale en Europe, 1998, p. 41-49.

V. COMMENTAIRE JURISPRUDENCE

BIOY (X.)

- « L'inconstitutionnalité du régime de l'hospitalisation d'office », Constitution 2011, p. 400, note sous CE, 6 avril 2011, M. Abdellatif A ; Civ. 1re, 8 avr. 2011; CE, 27 mai 2011, Kupferstein (Mme; Cons. const., 9 juin 2011, QPC.

BONFILS (Ph.)

- « Consécration de la dualité des fautes civile et pénale non intentionnelles », D. 2004, p. 721, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 16 septembre 2003.

FAVIER (Y.)

- « Pas d'adoption simple pour le majeur sous tutelle inapte à consentir à sa propre adoption », JCP G 2009, II, 10012, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008.

FOSSIER (Th.)

- note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, JCP 1992, II 21879, p. 225 et JCP N 1992, II, p. 142.
- « Les règles d'organisation de la tutelle des majeurs », JCP N 2001, p. 1862, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000 et Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2000.
- « Contrôle de légalité et responsabilité en matière d'internement des aliénés : le désordre des deux ordres ? », RDSS 2005, p. 450, note sous CE, 1 avril 2005, M X....
- « Quelques applications du régime de l'hospitalisation d'office des malades mentaux », Dr. famille, Février 2008, comm. 32, note sous CA Paris, 30 mai 2007.
- « Quelques applications du régime de l'hospitalisation d'office des malades mentaux », Dr. Famille, février 2008, comm. 32., note sous CA Paris, 30 mai 2007, CA Bordeaux, 26 juin 2007, CA Agen, 6 juill. 2007 et CA Paris, 14 sept. 2007.
- « Droit de vote et éligibilité du majeur protégé », Dr. Famille, janvier 2008, comm. 22, note sous CE, 22 août 2007, Gugole.
- « De l'article 489 à l'article 414-1 : applications récentes », Dr. Famille, novembre 2008, comm. 161, note sous CA Montpellier, 26 mars 2008, CA Nîmes, 29 janv. 2008, CA Aix-en-Provence, 14 févr. 2008 et CA Paris, 12 févr. 2008.

GEFFROY (Cl.)

- note sous TI Brest, 25 avril 1978, D. 1978, p. 697.

GIRER (M.)

- « Relation de soin et lien contractuel », note sur Cass. req., 18 juin 1835, Thouar et Noroy, Cass. civ., 20 mai 1936, Mercier, Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique Sainte-croix et Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2007, n° 06-19301, *in Les grandes décisions du droit médical*, sous la dir. de François VIALLA, LGDJ, 2009, p. 310 et s.

GUIDICELLI (A.)

- « La déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence », RSC 2001, p. 613, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 janvier 2001.

HAUSER (J.)

- obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, RTD civ. 1991 (3), p. 502.
- « Subsidiarité des mesures de placement sous incapacité », RTD civ 2006, p. 88, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005.
- « Hospitalisation psychiatrique sans consentement : branle-bas de combat ! », RTD Civ. 2011, p. 101, note sous CE, 24 sept. 2010 ; Cons. const., 26 nov. 2010 ; CEDH, 18 novembre 2010, Baudouin c/ France, n° 35935/03)

JULIEN (J.)

- « Responsabilité du fait d'autrui et fait générateur : la Cour de cassation maintient le(s) cap(s) », Dr. Fam., mars 2006, comm. 78, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 22 septembre 2005.

LAMBERT-GARREL (L.)

- « La stérilisation des personnes handicapées », RDS n°9, p. 65, comm. sous CE 26 septembre 2005.

LENA (M.)

- « Irresponsabilité pénale : appel contre la décision d'hospitalisation d'office », Dalloz. 2010, p. 942, note sous Cass. crim. 3 février 2010.

MATSOPOULOU (H.)

- « L'application des « peines », puis des « mesures de sûreté », aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », Dr. pén., février 2010, étude 4, note sous Cass. Crim. 16 décembre 2009

NEIRINCK (Cl.)

- « L'adoption de la personne handicapée mentale », RDSS 2009, p. 176, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008.

NORGUIN (V.)

- « Nature et forme du consentement du majeur protégé à sa propre adoption », D. 2008, p. 2832, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 2008.

PLAZY (J-M.)

- « Représentation légale et actes strictement personnels : l'adoption par un majeur sous tutelle », in *Dossier- De la jurisprudence à la pratique notariale*, JCP N 2007, p. 1313, note sous Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 2007.

PONSEILLE (A.)

- « À propos de la qualification juridique des mesures applicables dans le cadre de la procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », RDS 34, mars 2010, p. 147, note sous Cass. crim. 21 janvier 2009 et 16 décembre 2009.

RENAUDIE (O.)

- « L'hospitalisation sans consentement devant le juge constitutionnel », RDSS 2011, p. 304, note sous Cons. const., 26 nov. 2010, QPC.

VERHEYDE (Th.)

- « Le gouvernement de la personne des majeurs protégés », note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 février 1993, D. 1993, p. 614.
- « Nécessité et subsidiarité des mesures de protection des majeurs », D. 1996, p. 123, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995.
- « La protection de la personne des majeurs protégés à l'occasion d'actes médicaux », note sous TI Nice, 4 février 2009, D. 2009, p. 1397.

VI. RAPPORT – COLLOQUE - AVIS

BAS-THERON (F.) et BRANCHU (Ch.)

- *Evaluation du dispositif de lutte contre la maltraitance des personnes âgées et des personnes handicapées mis en œuvre par les services de l'Etat dans les établissements sociaux et médico-sociaux*, Rapport IGAS n° 2005 179, La documentation française, mars 2006.

BURGELIN (J F.)

- Rapport de la commission Santé-Justice, « santé, justice et dangers : pour une meilleure prévention de la récidive », La documentation française, juillet 2005.

Colloque Culture psychiatrique-culture juridique : relire Michel Foucault, 15-16 septembre 2008, Grande halle de La Villette, Paris, sous dir. **CHEVALLIER (Ph.) et GREACEN (T.)** :

- *Folie et justice : relire Foucault*, Erès, 2009.

Sous la direction de FEUILLET-LE MINTIER (B.)

- *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits*, actes du colloque pluridisciplinaire des 12 et 13 novembre 1998, PUF, 1999.

GARRAUD (J.-P.)

- Rapport de la mission parlementaire sur la dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, Documentation française, octobre 2006.
 - Rapport de la commission de l'HAS sur l'expertise psychiatrique pénale, mai 2007
- Recommandations de la commission d'audition de l'HAS sur l'expertise psychiatrique pénale, mai 2007

GRIDEL (J.-P.)

- *L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2000.

JALLAGUIER (J.)

- *Actualité et enjeux de la rénovation de la loi de 1975*, Actes du colloque *Droits et devoirs de la personne handicapée*, 20 mars 2003, salon Handica 2003 (Lyon), Droit déontologie et soins, décembre 2003, p. 519.

LEONETTI (J.)

- Rapport n° 1929 fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie.
- *Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, enregistré par l'Assemblée nationale le 28 novembre 2008, [Texte imprimé] Assemblée nationale, Documents d'information, 2008.

ZAMBROWSKI (F.)

- *Moderniser et diversifier les modes des prises en charge de la psychiatrie française*, Rapport au ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, La documentation française, coll. des rapports officiels, 1986.

Entretiens d'Aguesseau, textes réunis par **GABORIAU (S.)** et **PAULIAT (H.)**

- *Justice, éthique et dignité*, actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 août 2004, Pulim, 2006.

Coordination REVET (T.)

- *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996. **BEIGNIER B.**, L'ordre public et les personnes, p. 13-25.

Le Handicap, Droit, Histoire, Médecine, Colloque de Montpellier des 6 et 7 novembre 2003, organisé par le Centre de Droit de la Santé de la Faculté de droit d'Aix-Marseille III et le Centre Européen d'Etudes et de Recherche Droit et Santé de la Faculté de droit de Montpellier, sous la direction de **LECA (B.)** et de **VIALLA (F.)**, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

Actes du colloque *Le statut des majeurs protégés après la loi du 5 mars 2007*, Caen, 20-21 mars 2008, RDSS 2008.

L'irresponsabilité pénale : Regard croisés, Droit, santé, culture, Actes du colloque organisé les 16 et 17 février 2008 par le Centre de Recherche Hannah Arendt, Institut catholique d'études supérieures, Ed. Cujas, 2009,

Rapport de l'inspection générale des finances (N° 98-M-011-02), de l'inspection générale des services judiciaires (N° 7-98) et de l'inspection générale des affaires sociales (N° SOAEQ 9800033) sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs, La documentation française, juillet 1998.

LAGARDERE (M-L), STROHL (H.), EVEN (B.)

- *Rapport sur les problèmes posés par les pratiques de stérilisation des personnes handicapées*, IGAS, La documentation française, mars 1998.

CCNE, avis n° 21, « la non-commercialisation du corps humain », 13 décembre 1990.

CCNE, avis n° 49, « La contraception chez les personnes handicapées mentales », 3 avril 1996.

CCNE, avis n° 50, «La stérilisation envisagée comme mode de contraception définitive », 3 avril 1996.

CCNE, avis n° 58, « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 12 juin 1998.

CCNE, avis n° 66, « Réponse du CCNE aux saisines du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée Nationale sur l'allongement du délai d'IVG », 23 novembre 2000.

CCNE, avis n° 70, « Consentement en faveur d'un tiers », 13 décembre 2001.

CCNE, avis n° 87, « Refus de traitement et autonomie de la personne », 14 avril 2005.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Accessibilité

- Emploi, 604, 637, 641, 642, 653 et s.
- cadre bâti, 604, 637, 641, 655 et s.
- loisirs, 7, 598, 601, 602, 604, 637, 657, 658, 806

Allocation

- AAH, 606
- Complément de ressources, 444, 582, 601, 602, 606, 616, 629
- Majoration pour la vie autonome, 604, 606

Assistance médicale à la procréation, 142, 143, 144

Assistance, 45, 75, 140, 142, 144 et s., 146, 279, 309, 314, 317, 319 et s., 334, 339, 342 et s., 346 et s., 348 et s., 519, 531, 532, 535 et s., 540, 544, 572, 672 et s., 739, 805

Autonomie, 28, 29, 41 et s., 62, 233, 253, 260, 311, 314, 316, 337, 340 et s., 348, 410, 474 et s., 520, 534, 536, 538, 606, 618, 630, 638, 640, 647, 809

Autonomie de la volonté, 532, 553 et s., 556, 558, 562, 564 et s., 569, 573, 585 et s., 591, 596, 600, 603, 605

Autorisation du juge des tutelles, 64, 76, 139, 320, 321, 335, 823

C

Capacité

- De droit, 326, 341, 344
- De fait, 133, 226, 337 et s., 341, 344, 351, 544, 553

CDAPH, 630, 809

Certificats médicaux, 171, 172, 175 et s., 179, 195, 581

- Circonstancié, 174, 188, 192, 207, 416 et s., 735
- de 24h, 183, 191, 207, 416
- de 72h, 181, 185, 207, 416
- de renouvellement, 416 et s.
- initiaux, 170, 174, 178 et s.

Classification, 7 et s., 12, 643

- taxinomie, 8
- CIM, 9, 11
- DSM IV TR, 5, 10

Collège, 187, 190, 194, 203 et s., 211, 213, 256, 375, 418, 455, 458, 727 et s.

Compensation du handicap

- droit à compensation, 607, 608, 616, 619 et s., 623
- prestation de compensation, 607 et s., 623, 627 et s.

Conseil consultatifs national, (ou départemental) des personnes handicapées, 556, 570, 587 et s., 632 et s., 636

Conseil de la vie sociale, 567 et s.

Consentement, 95, 99, 117, 120, 122, 222 et s.,
225, 358, 368, 547 et s., 559, 572, 741

- à l'acte médical, 56 et s., 65 et s. 72 et s., 108, 115, 126, 130-133, 136 et s., 139, 146, 155, 215, 234, 558, 593
- aux soins, 84, 88, 103, 107, 224, 225, 228, 375, 741
- aux soins sous contrainte (sans consentement), 29, 50, 59, 134, 148, 150-153, 156, 163, 165, 170, 177, 195, 196, 206, 216 et s., 219 et s., 225, 229 et s., 243 et s., 247, 255, 375, 377, 379, 386-388, 391 et s., 396-447, 561 et s.
- au contrat, 55, 58, 820

Contrôle des établissements

- Commission départementale des soins psychiatriques, 166, 168, 185, 189, 207 et s., 373, 381, 416, 420, 424 et s., 430 et s., 433
- Visite des établissements, 196, 422 et s., 428, 431
- Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 371, 375, 387, 390, 408-411, 428

Culpabilité, 682 et s., 686, 713 et s.

Déclaration d'irresponsabilité pénale, 18, 174, 187, 194, 395, 674, 690, 695, 712 et s., 721 et s., 728

Déficiences intellectuelles, 2, 7 et., 40, 43, 614, 657

D

Dignité, 21, 33 et s., 51, 59, 118 et s., 135, 229, 264, 267, 296, 311, 366, 374, 378, 424, 461, 643

Directives anticipées, 563, 593 et s.

Discernement, 9, 760, 763 et s., 767-770, 775 et s., 816

Discrimination, 16, 368, 342, 395, 642 et s., 654

Droits de la personnalité

- droit à l'image, 25, 27, 291
- droit au respect de la vie privée, 25 et s., 537
- droit à la communication, 7, 368, 384, 714
- droit aux correspondances, 368, 383 et s., 737, 747
- droit aux communications, 369, 463, 658, 676
- droit aux visites, 737, 422, 747
- liberté de religion, 369, 386

E

Emploi des personnes handicapées, 601 et s., 604, 642, 644 et s., 652 et s., 654, 747

- obligation, 652 et s.
- adaptation, 646, 649, 652, 654, 657
- milieu ordinaire, 618, 642
- milieu protégé, 655, 809
- milieu adapté, 598
- reclassement, 642-647, 650, 651

Expertise psychiatrique, 699 et s., 702, 726, 817

F

Faute

- dualité des fautes civiles et pénales, 663
- civile, 713, 761, 768, 770, 835
- pénale, 682, 684
- objective, 768, 770

Fin de vie

- acharnement thérapeutique, 573, 598
- arrêt des traitements, 591, 593

Force majeure, 780, 795, 805, 837 et s.

H

Handicap

- définition, 3 et s. 613
- handicap mental, 5 et s.

Hospitalisation (ou soins) sous contrainte

- d'office judiciaire, 674, 724, 726, 727
- admission, 153 et s., 165 et s.
- demande d'un tiers, 153 et s. 161 et s. 165 et s. 170 et s. 179 et s. 184, 192, 195 et s. 204, 209, 218, 226, 241, 244, 397, 418, 429, 432
- urgence, 56, 59, 69, 75, 139, 150, 158, 164, 166, 171, 175, 181, 219, 267, 314, 335, 418, 429, 535, 537, 572, 573 et s.
- péril imminent, 153, 158 et s. 170 et s. 180 et s. 192, 204, 207, 209, 226, 242, 244, 257, 397, 418, 429
- décision préfet, 162 et s. 174 et s. 179 et s. 191 et s. 199 et s. 207 et s. 227, 244 et s. 256 et s. 388, 415 et s. 426 et s. 455, 460, 720, 725 et s. 735
- détenus, 163, 733 et s.
- main levée, 179, 188, 195, 199 et s. 205 et s. 212 et s. 440 et s. 447 et s. 457 et s. 461 et s.
- renouvellement, 136, 193, 267, 416 et s. 428, 518, 643, 727
- maire, 164 et s. 175, 185, 189, 388, 420 et s.
- suivi particulier, 187, 194, 203, 211, 214, 256, 395, 404, 455 et s.

I

Imputabilité, 674, 683 et s. 691, 708, 713 et s. 760, 763 et s. 767 et s. 794

Injonction de soins, 739 et s. 745, 748

IVG, 135 et s.

J

Juges

- Juge de tutelle, 56, 64, 72 et s. 83 et s. 122, 133, 139, 145, 282 et s. 291, 316 et s. 327 et s. 332 et s. 33 et s. 346 et s. 351, 359, 495, 530 et s. 536 et s. 570, 580, 583, 685, 808, 818, 822 et s.
- Juge des libertés et de la détention, 188, 196 et s. 209 et s. 212 et s. 373, 402, 417, 428, 430, 447, 450, 453, 457 et s. 461 et s. 676, 727, 738
- Juge d'instruction, 609, 710, 712, 724
- Chambre de l'instruction, 198, 674, 712, 724, 729
- Juridiction pénale de jugement, 198
- juge judiciaire, 198, 437, 440, 442, 446, 454, 720, 723, 725, 809
- juge administratif, 437 et s.
- Procureur de la république, 168, 187, 189, 214, 218, 316, 388, 396, 401, 403, 420 et s. 428, 457, 461, 466

L

Liberté d'aller et venir, 29, 149, 253, 267 et s. 365

Libre arbitre, 553, 586, 677 et s. 685 et s. 691, 706, 833

M

Maladies mentales, 1 et s., 9, 40, 50 et s. 218, 220, 224, 231, 392

MDPH, 622

Mesure d'accompagnement judiciaire, 330 et s. 338 et s. 496, 505 et s. 512, 529

Mesures de protection juridique

- Mandat de protection future, 75, 306, 314, 328, 330, 338, 351, 464, 483, 495, 502, 507, 510, 527 et s. 577 et s. 582 et s. 597, 819
- Sauvegarde de justice, 56, 60 et s. 75, 83 et s. 90, 95, 116, 122, 132, 286, 306, 317, 327, 330, 337 et s. 338, 351, 464, 480, 488, 491, 500, 507
- Tutelle, 56 et s. 62 et s. 65 et s. 83 et s. 87 et s. 94, 116, 122, 132 et s. 146, 165, 234, 278 et s. 286 et s. 292 et s. 301, 306 et s. 310 et s. 314 et s. 327 et s. 334 et s. 346 et s. 351, 355, 360 et s. 385, 397, 480, 488 et s. 505 et s. 508, 511, 514 et s. 519, 522, 526, 530 et s. 532 et s. 535 et s. 543 et s. 549, 557, 566, 570, 579, 582, 590, 658, 697, 808 et s. 818 et s. 826
- Curatelle, 56 et s. 61 et s. 75, 83 et s. 90, 91, 115, 122, 132, 165, 279, 286, 295, 301, 306, 310, 314 et s. 319 et s. 331 et s. 337 et s. 347, 351 et s. 398, 480, 486 et s. 490, 507 et s. 511, 514 et s. 519, 522 et s. 530 et s. 590, 673, 819 et s. 831

Mesures de sureté, 678, 712, 720 et s. 729, 734, 743, 745 et s.

N

Nullité

- Incapacité, 1, 5, 7 et s., 12, 30 et s., 36, 63, 124, 132 et s. 226, 244, 283, 286, 322 et s. 326 et s. 330 et s. 337 et s. 341, 345, 351, 387, 502, 514 et s. 526, 530 et s. 544, 577, 590, 611, 624, 629, 813, 820, 825 et s. 829
- insanité d'esprit, 527, 531, 697, 814 et s. 821, 829

O

Organes de protection

- Tuteur, 56 et s. 59, 64 et s. 72, 76 et s. 84, 90, 94, 97, 122, 139, 144, 155, 157, 165, 278, 289, 291, 308, 317, 319 et s. 333, 340, 347, 351 et s. 457, 460, 502, 519, 522 et s. 532, 536 et s. 549, 557, 566, 580, 583, 673, 797, 799, 801, 805, 809, 818, 823
- Curateur, 56, 63, 73, 75, 77, 122, 157, 165, 317, 319 et s. 332, 339, 347 et s. 351, 353, 361, 396, 400, 457, 460, 522, 531, 537, 579, 583, 673, 818, 823, 831
- Subrogés, 77, 146, 317, 320, 348, 353, 522
- Ad-hoc, 77, 146, 317, 320, 348, 353, 522
- Mandataire spécial, 286, 306, 314, 327, 338, 351, 353, 491, 523, 527, 818, 820
- Mandataire à la protection des majeurs, 329, 529
- Conseil de famille, 56, 64, 122, 289, 291, 316, 318 et s. 333 et s. 336, 340, 349, 351, 353, 355, 359, 522, 532, 536 et s. 548, 818, 822 et s.
- Mandataire, 75, 286, 306, 314, 338, 352, 501, 528, 570, 580, 582, 599

P

Période d'observation, 177, 415

Personne de confiance, 570, 572 et s., 594

Personne hors d'état de manifester sa volonté, 72, 592

Prélèvements, 78 et s., 97 et s., 558

Principes gouvernant les mesures de protection

- Individualisation, 313, 341, 478, 512 et s., 518 et s., 677, 717
- Nécessité, 296, 313, 478, 480 et s., 488 et s., 493, 513, 517
- Proportionnalité, 108, 296, 313, 513, 516 et s., 520, 526
- Subsidiarité, 254, 296, 313, 317, 351, 478, 489, 490, 492, 496, 500, 503 et s., 508 et s., 513, 516, 526, 579, 582

Projet de vie, 604, 605, 618, 620 et s., 623, 630

Protection de la personne du majeur

- actes éminemment personnels (et strictement personnels), 284, 314, 541, 550, 580
- mariage, 319 et s., 324, 545
- PACS, 33, 320, 402, 457
- Adoption, 145, 541, 548 et s.
- Filiation, 543, 546 et s.

Protection des biens, 306

R

Recherche Biomédicale, 99 et s., 232 et s., 237 et s., 558, 573 et s.

Réduction pour excès, 356, 363 et s.

Refus de soins, 586, 588

Représentation, 56, 69, 72, 140, 146, 309, 314, 317, 320 et s., 334, 342 et s., 346, 350 et s., 381, 494 et s., 501 et s., 510, 514 et s., 536 et s., 540, 549, 574, 585, 822

Rescision pour lésion, 356, 358, 361, 363, 527 et s., 531 et s.

Responsabilité civile :

- fait personnel, 756, 759, 771, 776
- fait d'autrui, 783 et s. 807, 809, 812
- contractuelle, 55, 751, 753, 808, 828, 832 et s., 833, 835 et s.
- délictuelle, 751, 828, 835

Responsabilité de l'établissement :

- du fait du malade mental, 752 et s.
- défaut de surveillance, 39 et s.
- suicide, 1, 40

Rétention sûreté, 743 et s.

S

Sexualité, 29, 133

Soins sous contrainte, 241, 246

Stérilisation, 123 et s., 138, 558

Structures

- appartements thérapeutiques, 50, 247
- SAT, 655
- ITEP, 46
- Foyers, 41, 43 et s., 808
- de santé spécialisés, 421, 734

U

UMD (unité pour malades difficiles), 734

UNAPEI, 657

Usagers, 42, 386, 445, 564 et s., 594, 810

V

Visioconférence, 464, 676

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE	1
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	2
INTRODUCTION	7
Section 1 : La définition de la notion d'approche juridique du trouble mental.....	9
I- Le trouble mental	10
A) Une tentative de définition	10
B) Les classifications des troubles mentaux	13
II- L'approche juridique.....	17
A) L'intérêt de dispositions spécifiques aux personnes atteintes de troubles mentaux.....	17
B) Le corpus normatif spécifique au trouble mental	20
Section 2 : L'approche juridique centrée sur la protection des personnes atteintes de trouble mental	22
I- La protection en tant que personne à part entière.....	23
II- La protection en tant que personne particulière	25
A) La protection en tant que personne vulnérable.....	25
1) La protection pénale de la vulnérabilité.....	25
a) La santé mentale en tant qu'élément constitutif de l'infraction	25
b) La santé mentale en tant que circonstance de l'infraction.....	30
2) La protection civile de la vulnérabilité : l'obligation de surveillance	32
B) La protection en tant que personne malade et/ou souffrant de déficience.....	33
1) Les structures accueillant les personnes atteintes de trouble mental.....	34
2) Les établissements psychiatriques	36
PARTIE 1 : LA PROTECTION DE LA DIGNITE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	39
TITRE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL	42
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DU CORPS DU MAJEUR PROTEGE	45
Section 1 : La protection du corps du majeur protégé à l'occasion d'actes médicaux thérapeutiques	45
Paragraphe 1 : Les règles du Code de la santé publique régissant le consentement aux soins du majeur protégé.....	47
I- L'acte médical du majeur sous sauvegarde de justice et curatelle.....	48
II- L'acte médical du majeur sous tutelle.....	49
Paragraphe 2 : La conjugaison des règles du Code de la santé publique avec celles du Code civil.....	50

I- La combinaison des dispositions en l'absence de mesure de protection en matière personnelle.....	52
II- La combinaison des dispositions en présence d'une mesure de protection en matière personnelle	53
Section 2 : La protection du corps du majeur protégé à l'occasion d'actes médicaux non thérapeutiques	56
Paragraphe 1 : Les prélèvements effectués sur le majeur protégé	56
I- Les prélèvements de tissus ou cellules particuliers	57
A) Les prélèvements en vue d'un don de « moelle osseuse ».....	57
B) Les prélèvements de tissus ou cellules embryonnaires ou fœtaux.....	59
II- Les prélèvements de tissus, cellules ou produits du corps humain à l'occasion d'une intervention chirurgicale.....	60
III- Les prélèvements sur personne décédée	61
Paragraphe 2 : La recherche biomédicale sur le majeur protégé	63
I- Des conditions protectrices du corps du majeur protégé	64
A) Les conditions applicables à l'ensemble des recherches	65
B) Les conditions spécifiques aux recherches biomédicales pratiquées sur les majeurs protégés.....	67
II- L'information et le consentement de la personne.....	69
A) L'information de la personne	70
B) Le consentement de la personne	70
Paragraphe 3 : Les actes relatifs à la procréation du majeur protégé	71
I- La stérilisation à visée contraceptive de la majeure protégé.....	72
II- L'interruption volontaire de grossesse de la majeure protégée	77
III- La procréation médicalement assistée du majeur protégé	81
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DU CORPS DU MAJEUR FAISANT L'OBJET DE SOINS PSYCHIATRIQUES	85
Section 1 : La protection du corps par l'encadrement des mesures de soins psychiatriques	86
Paragraphe 1 : L'encadrement de l'admission en soins psychiatriques.....	86
I- Les conditions de fond des soins psychiatriques sans consentement	86
A) Les soins psychiatriques sans consentement à la demande d'un tiers et pour péril imminent	87
1) L'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers	87
2) L'admission en soins psychiatriques pour péril imminent	90
B) L'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'Etat.....	90
II- Les conditions de forme de l'admission en soins psychiatriques sans consentement	92

A) Les modalités de l'admission en soins psychiatriques sans consentement	92
B) Les certificats médicaux initiaux aux soins psychiatriques sans consentement ...	94
1) Les certificats initiaux à l'admission à la demande d'un tiers ou pour péril imminent	94
2) Les certificats initiaux à l'admission sur décision du Préfet	95
Paragraphe 2 : L'encadrement du déroulement et de la levée des mesures de soins psychiatriques	96
I- Le choix de la modalité de prise en charge et le maintien des soins psychiatriques sans consentement.....	96
A) La période d'observation de soixante-douze heures	96
1) Les certificats médicaux	97
2) Le choix du mode de prise en charge.....	99
B) Le maintien de la mesure de soins psychiatriques.....	101
1) Les certificats médicaux	101
2) L'intervention de plein droit du juge des libertés et de la détention pour les mesures d'hospitalisation complète	103
3) L'examen médical par le collège	105
II- La mainlevée des soins psychiatriques sans consentement	106
A) La mainlevée par le directeur de l'établissement ou le Préfet	106
B) La mainlevée par le juge des libertés et de la détention	108
Section 2 : La protection du corps par l'encadrement des soins	109
Paragraphe 1 : La protection du corps à l'occasion d'actes médicaux.....	110
I- La protection à l'occasion des actes médicaux thérapeutiques.....	110
A) L'affirmation du droit de recevoir des soins.....	111
B) La problématique du consentement	113
1) Le principe du consentement aux soins somatiques	113
2) La problématique du consentement aux soins psychiatriques.....	115
II- La protection à l'occasion des actes non thérapeutiques : la protection spécifique pour les recherches biomédicales	118
A) Une protection en matière de recherche biomédicale inférieure à celle antérieure à 2004	119
B) Une protection inférieure à celle du majeur protégé	120
Paragraphe 2 : La protection du corps à l'occasion des soins sous contraintes	121
I- La possibilité de soins sous contrainte	122
A) La possibilité de soins sous contrainte hors du cadre de l'hospitalisation complète	123

B) Une certaine prééminence de la mesure d'hospitalisation	125
II- L'encadrement de certaines pratiques au sein de l'hospitalisation.....	126
A) La définition des pratiques de contention et de la chambre d'isolement	127
B) La réglementation des pratiques de contention et du recours à la chambre d'isolement.....	128
TITRE 2 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	136
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE DU MAJEUR PROTEGE.....	138
Section 1 : L'évolution de la protection de la personne du majeur protégé	138
Paragraphe 1 : La protection juridique de la personne du majeur avant la loi du 5 mars 2007	138
I- La protection législative de la personne majeure	139
A) La protection de la personne majeure dans le Code civil de 1804.....	139
B) Les autres interventions législatives antérieures à la loi du 3 janvier 1968.....	140
II- La protection jurisprudentielle de la personne majeure	141
A) L'affirmation du principe de protection de la personne	142
B) La mise en place d'un régime de protection de la personne	144
Paragraphe 2 : La protection de la personne du majeur après la loi du 5 mars 2007	146
I- La proclamation de la protection de la personne	147
A) La disparition du terme incapable	147
B) L'inscription du principe de la protection de la personne.....	148
II- Le contenu de la protection de la personne	149
A) Le droit commun de la protection de la personne.....	150
B) Le droit spécial de la protection de la personne	154
Section 2 : La protection de la personne du majeur protégé par le mécanisme de l'incapacité	161
Paragraphe 1 : Le domaine de l'incapacité en droit civil.....	162
I- L'identification du domaine de l'incapacité de droit	162
A) Les mesures de protection n'entraînant pas l'incapacité du majeur protégé	162
B) Les mesures de protection entraînant l'incapacité du majeur protégé.....	163
1) L'incapacité du majeur protégé en matière patrimoniale	164
2) L'incapacité du majeur protégé en matière personnelle.....	165
II- Le constat de la coïncidence entre capacité de fait et de droit en droit civil	166
A) La coïncidence des incapacités de fait et de droit en matière patrimoniale	166
B) La coïncidence des incapacités de fait et de droit en matière personnelle	168
Paragraphe 2 : La mise en œuvre de l'incapacité en droit civil.....	169
I- Les mécanismes de passation des actes juridiques.....	169

A) L'assistance.....	170
B) La représentation	171
1) L'origine de la représentation	171
2) Les effets de la représentation.....	174
II- Le sort des actes juridiques passés par le majeur protégé	175
A) L'action en rescision pour lésion	176
B) L'action en réduction pour excès	177
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE LA PERSONNE FAISANT L'OBJET DE SOINS PSYCHIATRIQUES ...	180
Section 1 : Les droits de la personne majeure faisant l'objet de soins sous contrainte	181
Il convient de présenter la consécration des droits de la personne faisant l'objet de soins sous contraintes ont été consacrés par plusieurs interventions législatives (§1) avant de s'intéresser à leur contenu (§2).	181
Paragraphe 1 : La consécration des droits de la personne soignée pour trouble mental ..	181
I- La non reconnaissance des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux avant la loi du 27 juin 1990	181
II- La reconnaissance des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux par la loi du 27 juin 1990	183
III- Le renforcement des droits de la personne hospitalisée pour troubles mentaux par la loi du 5 juillet 2011	184
Paragraphe 2 : Les droits reconnus aux personnes faisant l'objet de soins sans consentement	185
I- Les droits reconnus par l'article L. 3211-3 du Code de la santé publique.....	187
A) Les droits inaliénables non contenus dans la liste numérotée	187
B) Les droits inaliénables contenus dans la liste numérotée.....	189
II- Les autres droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans leur consentement.....	194
A) Les droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques.....	194
B) Les droits spécifiques aux personnes hospitalisées sans leur consentement.....	197
Section 2 : Les garanties des droits de la personne majeure faisant l'objet de soins psychiatriques sans son consentement	199
Paragraphe 1 : Le contrôle des établissements par les autorités	200
I- Le contrôleur des lieux de privation de liberté	200
II- Le contrôle exercé par d'autres autorités	203
Paragraphe 2 : Le contrôle de la mesure de soins psychiatriques	207
I- Le contrôle de la commission départementale des soins psychiatrique	207
II- Le contrôle par le juge.....	212

A) La dualité juridictionnelle	212
1) La répartition juridictionnelle du contentieux des soins psychiatriques sans consentement.....	212
a) La compétence du juge administratif.....	213
b) La compétence du juge judiciaire	214
2) La remise en question de la dualité juridictionnelle	214
a) La remise en cause de la dualité juridictionnelle	214
b) L'unification à venir du contentieux des soins psychiatriques sans consentement.....	215
B) Contrôle par le juge des libertés et de la détention.....	216
1) Les modalités de la saisine	217
a) Le contrôle de plein droit	217
b) Le contrôle lors d'un recours	218
2) Les modalités du contrôle	219
PARTIE 2 : LA PROTECTION AMBIVALENTE DE LA VOLONTE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	228
TITRE 1 : LE RESPECT DE L'AUTONOMIE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL	230
CHAPITRE 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L'APTITUDE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL DANS LES MESURES DE PROTECTION.....	232
Section 1 : Des principes gouvernant le choix de la mesure respectueux des facultés de la personne.....	232
Paragraphe 1 : Les principes de nécessité et de subsidiarité.....	233
I- Le principe de nécessité	233
II- Le principe de subsidiarité.....	237
A) La subsidiarité par rapport à d'autres types de protection.....	238
1) La protection assurée par le droit matrimonial	239
2) La protection assurée par le droit commun de la représentation	241
B) La subsidiarité entre les mesures de protection	243
1) L'incompatibilité entre les mesures d'accompagnement et les mesures de protection juridique	244
2) La subsidiarité au sein des catégories des mesures de protection	246
Paragraphe 2 : Les principes de proportionnalité et d'individualisation	247
I- Le principe de proportionnalité.....	247
II- Le principe d'individualisation.....	249
Section 2 : Le respect des facultés de la personne dans la mise en œuvre des mesures de protection.....	251

Paragraphe 1 : La capacité du majeur en matière patrimoniale.....	251
I- La capacité du majeur sous sauvegarde de justice, mandat de protection future ou bénéficiaire d'une mesure d'accompagnement judiciaire.....	252
II- La capacité du majeur sous curatelle ou tutelle.....	253
Paragraphe 2 : La capacité du majeur en matière personnelle	255
I- La compétence de principe pour les décisions relatives à sa personne	255
II- La compétence exclusive pour les actes à caractère strictement personnel.....	260
CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE DE LA VOLONTÉ DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	268
Section 1 : La prise en compte de l'expression de la volonté de la personne	268
Paragraphe 1 : L'expression de la volonté en tant que condition d'autonomie de la personne.....	268
I- L'expression de la volonté du patient	269
A) L'expression de la volonté du patient majeur protégé	269
B) Le patient hors d'état d'exprimer sa volonté	270
C) Le patient faisant l'objet de soins sans son consentement.....	271
II- L'expression de la volonté de l'usager	272
A) La participation de l'usager à sa prise en charge	272
B) La participation de l'usager au fonctionnement de l'établissement.....	274
Paragraphe 2 : L'expression de la volonté de la personne anticipant sa perte d'autonomie	274
I- La volonté de la personne dans le choix de son protecteur.....	275
A) Le choix du protecteur dans le domaine médical	275
B) Le choix du protecteur dans le domaine civil.....	278
1) Le mandat de protection future.....	279
2) La désignation anticipée du curateur ou du tuteur	283
II- La volonté de la personne exprimée de manière anticipée	284
A) La volonté de la personne en matière médicale	284
B) La volonté de la personne en matière civile.....	292
La volonté de la personne atteinte de trouble mental est donc prise en compte. Ceci permet de garantir son autonomie. L'autonomie est également un souhait des personnes handicapées mentales. Il convient donc de se demander si le législateur a pris en compte cette volonté. ...	293
Section 2 : La prise en compte de la volonté d'autonomie de la personne handicapée mentale	293
Paragraphe 1 : Le libre choix du projet de vie	295
I- Le droit à compensation.....	296

A)	Le lien entre les notions de handicap et de compensation.....	296
B)	L'affirmation du droit à compensation.....	298
II-	La mise en œuvre du droit à compensation.....	299
A)	L'établissement du plan personnalisé de compensation	299
1)	Le projet de vie support du plan personnalisé de compensation.....	300
2)	La proposition du plan personnalisé de compensation par l'équipe pluridisciplinaire	300
B)	La prestation de compensation	301
	Paragraphe 2 : La participation à une vie sociale autonome	302
I-	La consultation des personnes handicapées.....	302
A)	Le Conseil national consultatif des personnes handicapées	303
B)	Le Conseil départemental consultatif des personnes handicapées	303
II-	L'accessibilité à une vie sociale autonome.....	305
A)	L'accessibilité à une vie professionnelle.....	305
1)	Le reclassement.....	306
2)	L'emploi.....	308
B)	L'accessibilité à la cité.....	311
	TITRE 2 : L'AMBIVALENCE DES CONSEQUENCES DE L'ABSENCE D'IMPUTABILITE MORALE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	316
	CHAPITRE 1 : L'ATTENUATION DE LA RESPONSABILITE OU L'IRRESPONSABILITE PENALE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....	318
	Section 1 : L'existence de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.....	319
	Paragraphe 1 : La prise en compte du trouble mental de l'auteur de l'infraction.....	319
I-	La prise en compte du trouble mental de l'auteur de l'infraction par le droit pénal de fond	319
II-	La prise en compte du trouble mental de l'auteur de l'infraction par le droit pénal de forme	320
	Paragraphe 2 : La justification de l'existence de l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.....	322
I-	La justification au regard du fondement de la responsabilité pénale.....	322
II-	La justification au regard des mécanismes de la responsabilité pénale	324
	Section 2 : Le régime de l'irresponsabilité et de l'atténuation de responsabilité pénale pour trouble mental.....	327
	Paragraphe 1 : Les conditions de l'irresponsabilité ou de l'atténuation de responsabilité pénale pour trouble mental	327
I-	L'existence d'un trouble mental.....	328

A)	La notion de trouble psychique ou neuropsychique	328
B)	Un trouble lié à l'infraction.....	329
II-	La preuve du trouble mental	330
A)	L'exigence de la preuve	331
B)	Les modalités de la preuve	331
Paragraphe 2 : Les effets de l'irresponsabilité ou de l'atténuation de responsabilité pénale		333
I-	Les effets de l'irresponsabilité ou l'atténuation de responsabilité sur la décision judiciaire	333
A)	La décision d'irresponsabilité pénale	334
B)	La décision atténuant la responsabilité pénale	337
II-	Les effets de l'irresponsabilité ou l'atténuation de responsabilité sur les suites de la décision judiciaire.....	338
A)	Les suites de la décision d'irresponsabilité pénale	339
1)	La mesure de sûreté privative de liberté	340
2)	Les mesures de sûreté restrictives de liberté.....	342
B)	Les suites de la décision condamnant une personne atteinte de troubles mentaux	343
1)	Les modalités d'exécution de la peine	343
2)	Les mesures postérieures à l'exécution de la peine	347
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE CIVILE DE LA PERSONNE ATTEINTE DE TROUBLE MENTAL.....		351
Section 1 : La responsabilité civile délictuelle du fait de la personne atteinte de trouble mental		351
Paragraphe 1 : La responsabilité civile du fait personnel.....		353
I-	Le fait générateur de la responsabilité.....	354
A)	La définition de la faute.....	354
B)	L'objectivation de la faute	356
II-	Le régime de responsabilité de la personne atteinte de trouble mental.....	359
A)	L'évolution du régime de la responsabilité	359
B)	Les conditions du régime de responsabilité	361
Paragraphe 2 : La responsabilité civile du fait d'autrui		362
I-	Le mécanisme d'imputation à autrui.....	362
A)	Le fait d'autrui	363
B)	L'imputabilité du fait d'autrui.....	366
II-	La responsabilité du fait d'une personne atteinte de trouble mental.....	367
A)	L'existence de la responsabilité générale du fait d'autrui.....	368

B) Le régime de la responsabilité du fait d'une personne handicapée mentale	370
Section 2 : La responsabilité civile contractuelle et précontractuelle	374
Paragraphe 1 : La responsabilité au niveau de la formation du contrat	375
I- Les causes de nullité du contrat liées au trouble mental	375
A) La nullité du contrat pour insanité d'esprit	375
B) La nullité du contrat pour incapacité	378
II- Les effets de la nullité du contrat liée au trouble mental	381
A) L'anéantissement rétroactif du contrat	381
B) La responsabilité découlant de la nullité du contrat	382
Paragraphe 2 : La responsabilité au niveau de l'exécution du contrat	383
I- Le principe de la responsabilité en cas d'inexécution contractuelle	383
II- L'exonération de responsabilité	386
BIBLIOGRAPHIE	395
INDEX ALPHABÉTIQUE	439
TABLES DES MATIERES	445

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGE

Résumé en français :

Les personnes atteintes de troubles mentaux, en tant que personnes dotées de la personnalité juridique, sont titulaires de droit. Les maladies mentales et déficiences intellectuelles ayant des incidences sur la perception de la réalité, la conscience et/ou les capacités intellectuelles de la personne, entraînent inévitablement des conséquences sur la capacité de vouloir ou de décider.

Répondant à ce constat, le législateur a mis en place des mesures assurant la protection de la personne et de ses biens, tout en veillant à respecter son autonomie. Il existe également des dispositions favorisant l'autonomie des personnes handicapées mentales. En outre, l'altération du discernement de la personne a des répercussions sur les mécanismes de la responsabilité civile et pénale.

Par ailleurs, en tant que personne vulnérable, la personne atteinte de troubles mentaux a besoin de protection. Au nom du principe du respect de la dignité, le Droit assure une protection particulière du corps et de la personne. Il encadre également les mesures d'hospitalisation sous contrainte nécessaires à la prise en charge du trouble mental.

Titre et résumé en anglais : The legal approach of mental disorder

The persons affected by mental disorders and illnesses, as persons given the legal personality, have rights. The mental illnesses and the intellectual deficiencies having incidences on the perception of the reality, the consciousness and/or the intellectual abilities of the person, entail inevitably consequences on the capacity to will or to decide.

Taking this acknowledgement into consideration, the legislator has set up rules providing the protection of the person and of his goods, while respecting the person's autonomy. There are also legal provisions facilitating the autonomy of the disabled persons. Moreover, the change in judgment of the person has consequences on the person's civil and penal liability.

Furthermore, as vulnerable person, the person affected by mental disorders and illnesses needs protection. In accordance with the principle of the respect of dignity, laws and regulations guarantee a specific protection of the body and of the person. Laws and regulations also cover the hospitalization under constraint required by the care of mental disorders.

Discipline : Droit privé

Mots-clés :

Trouble mental, soins psychiatriques, mesure de protection juridique, autonomie, volonté, dignité, irresponsabilité pénale pour trouble mental, responsabilité civile, handicap mental, corps humain, personne humaine, hospitalisation psychiatrique, consentement, acte médical, protection de la personne, personne vulnérable

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

UMR 5815 Dynamiques du droit

Faculté de droit

39 rue de l'université

34060 Montpellier cedex